

Der Freiheitsproz... im klassischen Altertum

Richard Maschke

AH 188.88



Harvard College Library

FROM THE BEQUEST OF

JOHN AMORY LOWELL,

(Class of 1815).

This fund is \$20,000, and of its income three quarters
shall be spent for books and one quarter
be added to the principal.

1 March, 1888.



HISTORISCHE UNTERSUCHUNGEN.

HERAUSGEGEBEN

VON

J. JASTROW.

Heft VIII.

Der Freiheitsprozeß im klassischen Altertum,

insbesondere

der Prozeß um Verginia

von

Richard Maschke.



Berlin 1888.

R. Gaertners Verlagsbuchhandlung

Hermann Heyfelder.

Der Freiheitsprozess im klassischen Altertum,

insbesondere

der Prozefs um Verginia

von

Richard Maschke.

*Ἡμῖσι γάρ τ' ἀρετῆς ἀποαίνονται ἐδρύοπα Ζεὺς
Ἀνέρος, εὐτ' ἂν μιν κατὰ δοῦλιον ἥμαρ ἔλῃσιν.*

Odys. β, 322 f.



— Berlin 1888.

R. Gaertners Verlagsbuchhandlung
Hermann Heyfelder.

~~TA, 3945~~

AH 188.88



Lowell Fund.

Meinem Vater.

Vorwort des Herausgebers.

Die vorliegende Abhandlung, in ihren Beweismitteln ebenso wesentlich juristisch, wie in ihrem Beweismaterial philologisch, fällt mit dem gesamten Umfang ihrer Ergebnisse so zweifellos in den Bereich der historischen Wissenschaft, daß der Herausgeber sie mit Vergnügen in die Sammlung der „historischen Untersuchungen“ aufgenommen hat; um so mehr, da die Sammlung von vornherein die Pflege der Beziehungen zu den verschiedenen Nachbarwissenschaften der Geschichte sich zur Aufgabe gemacht hat.

Der Prozeß um Freiheit oder Unfreiheit einer Person gehört für die europäische Rechtsentwicklung nur noch der Vergangenheit an; in der feineren Ausgestaltung der Garantien zu Gunsten der persönlichen Freiheit, wie sie allmählich in dieses Verfahren eindringen, ist eine der wesentlichen Vorstufen für die spätere humane Entwicklung zu finden.

Liegt daher in der Geschichte des Freiheitsprozesses bei allen Völkern und insbesondere bei denen des klassischen Altertums ein bedeutsames Stück Kulturgeschichte, so ist andererseits nicht zu verkennen, daß dasselbe nicht isoliert betrachtet werden darf. Die Formen des Freiheitsprozesses sind stets die des Civilprozesses überhaupt und können nicht anders, als im Zusammenhange mit dem ganzen Rechtssystem verstanden werden.

Naturgemäß machten sich die juristischen Bestandteile mit besonderer Schärfe in den Abschnitten über den römischen Freiheitsprozeß geltend. Um dieselben allen Lesern der „Untersuchungen“, auch denjenigen, welchen juristische Studien fern liegen, verständlich zu machen, sind ihnen auf Wunsch des Heraus-

gebers einige orientierende Bemerkungen über den Gang des römischen Prozesses im allgemeinen vorangeschickt. Naturgemäß warf diese ganze juristisch-historische Beweisführung in ihren Ergebnissen ein neues Licht auf die Quellenstellen, deren sie sich bediente. Insbesondere stellte sich heraus, daß Livius' Bericht über den Prozeß der Verginia vollständig mißverstanden war. Da aber die Erfahrung lehrt, daß alle solche Ergebnisse von den philologischen Herausgebern nicht beachtet werden, solange sie ihnen nicht in der gewohnten Form geboten werden, so hat der Verf. sich entschlossen, die Quellenvergleiche der Beilage II. mit Kommentar anzufügen. Diese Beziehung der Ergebnisse auf bestimmte Quellenstellen schien in dem vorliegenden Falle einem schnellen Orientierungsbedürfnis annähernd das zu bieten, was in den anderen Heften der Sammlung das Register der Orts- und Personennamen zu leisten bestimmt ist.

Heringsdorf, im September 1887.

Jastrow.

Vorwort des Verfassers.

Die vorliegende Untersuchung ist vor mehreren Jahren geschrieben worden. Sie begleitete ihren Verfasser im vergangenen und in diesem Jahre nach den Ländern der alten Welt und wurde nach der Rückkehr in den Druck gegeben.

Daß die Darstellung mit der bisherigen Auffassung der älteren römischen Überlieferung im wesentlichen übereinstimmt, hat mich in der Überzeugung, das Richtige getroffen zu haben, bestärkt: andererseits ermöglichte es die Natur des vorliegenden Problems, das beiden Disciplinen angehört, historische Folgerungen auf juristischer Basis zu entwickeln und gewährte so bei den oft schwierigen Details der Quellenkritik den Rückhalt, der in dem Wesen einer juristischen Beweisführung liegt.

Wir stehen vor der Masse unserer Altrom betreffenden Überlieferung, wie der Geologe vor einem Gebirge. Es gilt, die einzelnen

Formationen und Schichten als solche zu erkennen und zu sondern. Bildungen, welche derselben Epoche angehören, werden dabei unbeschadet individueller Differenzen für die Untersuchung zunächst als gleichartig betrachtet werden dürfen: die Frage, von wo die Rudimente verschiedener Perioden in eine vorhandene Masse eingesprenkt worden sind, so wenig sie zu umgehen ist, wird nur eine Station, nie das Ziel der Forschung bedeuten.

Die Einzelheiten der juristischen Beweisführung sind in den ersten Exkurs verwiesen worden, der, wie es die innere Verknüpfung der Dinge mit sich brachte, eine Anzahl der wichtigsten Fragen aus dem älteren römischen Civilprozeß behandelt. Daß wer heute für die Trennung der Parteirollen in der Sakramentalklage eintritt, gegen den Strom schwimmt, weiß ich sehr wohl und ich würde die Absicht dieses Teils der Untersuchung erfüllt glauben, wenn durch sie eine erneute und eindringende Diskussion jenes berühmten Problems erreicht würde. Allein wie man auch hierüber denken mag, daß in der Freiheitsklage eine solche Differenzierung auch in republikanischer Zeit anzunehmen ist, darf angesichts unserer Überlieferung über das vorbereitende Präjudizialverfahren zum mindesten als sehr wahrscheinlich angenommen werden.

Die Natur der Aufgabe, welche unter einem bestimmten Gesichtspunkt einen Querschnitt durch den antiken Rechtsorganismus bedingte, führte mich zu den griechischen Partikularrechten.

Vor kurzem ist die zweite Auflage des Meier-Schoemann'schen Handbuchs abgeschlossen worden; wer aber aus der Thatsache, daß dieses Werk allein von den konkurrierenden eine neue Bearbeitung erlebt hat, einen an sich naheliegenden Schluß auf die Bedeutung desselben ziehen wollte, würde in die Irre gehn. Kein Verständiger wird den Verdiensten des verewigten Schoemann um das griechische Altertum die gebührende Ehrfurcht versagen; indessen juristisch war weder seine Natur noch seine Bildung, und diese Spuren mangelnder Kongenialität mit der Materie zeigt jede Seite seines Lehrbuchs. Die bemerkenswerte Unproduktivität der deutschen Wissenschaft auf attisch-rechtlichem Gebiet, auf dem unsere westlichen Nachbarn uns seit Jahrzehnten mit glänzenden Leistungen vorangehn, beruht gewiß nicht zum wenigsten auf dem verwirrenden Eindruck jenes Handbuchs, das wohl zu den unjuristischsten gehört, die je über eine juristische Materie geschrieben wurden.

Eine Vergleichung der griechischen Rechte mit dem römischen ist so weit wie möglich, unter allen Umständen die Präsumtion von Analogieen, geschweige denn von Entlehnungen, vermieden worden.

Die Behandlung von Rechten, welche nicht wie das deutsche und römische ihre in der Sache und Überlieferung ruhende methodische Disciplinierung haben, pflegt früher oder später in eine allgemeine Rechtsvergleichung auszulaufen. Ohne die hervorragende Bedeutung eines Buches wie Leists Graecoitalische Rechtsgeschichte, verkennen zu wollen, wird man aussprechen dürfen, daß bei dem augenblicklichen Stande der kaum erst existierenden attisch-rechtlichen Disciplin der Zeitpunkt noch nicht gekommen ist, an dem derartige Untersuchungen im allgemeinen auf hinreichend sicherer wissenschaftlicher Basis getrieben werden könnten.

Es ist ein Dilemma, wie es auf anderen Gebieten wiederkehrt z. B. gegenüber dem aristarchischen und dem homerischen Homer und die Erscheinung überall dieselbe, daß über die unerläßliche Vorstufe der Forschung hinaus das Kausalitätsbedürfnis der menschlichen Natur zu höheren Zielen unaufhaltsam hindrängt.

Für uns gilt es nach wie vor eine ideale Rekonstruktion vergangenem Lebens. Daß zu diesem Riesenbau die Technik aller Disciplinen mitwirkt, ist eine Forderung, die ebenso notwendig gestellt werden muß, als sie unmöglich erfüllt werden kann.

Königsberg i./Pr., im September 1887.

M a s c h k e.

Inhaltsangabe.

Vorwort des Herausgebers S. III.

Vorwort des Verfassers S. IV.

I. Einige orientierende Bemerkungen über den Gang des römischen Civilverfahrens S. 1.

Vier Perioden im römischen Civilprozeß. Verfahren der zweiten Periode, Formularverfahren S. 1. Verschiedenheiten der Formel, dingliche und persönliche Klage. Vindikation von Gewaltrechten. Unterschied von vindicatio in libertatem und in servitutum S. 2. Vorverfahren (præiudicium) über die Bestimmung der Parteirollen im Streitfalle. Gegensatz von Besitz und Eigentumsprozeß S. 3. Prozeß der dritten und vierten Periode. Verfahren der ersten Periode: Legisaktionsprozeß; die gebräuchlichste Form die Sakramentalklage. Formel derselben in der dinglichen und persönlichen Klage. Vindizienerteilung. Liquidationsverfahren. Manusinjektionsklage S. 4—5.

II. Der Freiheitsprozeß in Rom S. 6.

1. Form desselben. — Anfangs Sakramentalklage, bis Ende der Republik nachweisbar, in den Digesten; auch hier cognitio extraordinaria. S. 6. In der zweiten Periode nicht præiudicium, wie die gemeine Meinung annimmt S. 7—10, vielmehr Formularklage mit vorbereitendem præiudicium. Rekapitulation S. 11.

2. Kritik von Puntscharts „Der Prozeß um Verginia“ S. 11. — Irrtümliche Auffassung der Freiheitsklage als Manusinjektionsklage S. 11. Fehler der Textinterpretation, ja der Textübersetzung. Liv. III, 44, 5. III, 48, 4. S. 12. 13. Irrtümliche Annahme uneigentlicher Vindizien. Bedeutung des Worts S. 13—18. Textverdrehung bei Liv. III, 44, 8f. S. 18f. Appius' erstes Erkenntnis S. 20.

3. Bericht über andere Auffassungen S. 21. — Programm v. Feldkirch. Seine Rechtfertigung von Appius' erstem Dekret unhaltbar. Irrtümer von Weissenborn S. 21. Appius' Schlufdekret. Seine Zurückweisung fremder Vindices gerechtfertigt; aber er durfte den Prozeß ohne Verginia nicht annehmen S. 24. Ubelohdes Erklärung S. 28.

4. Der Vindizienparagraph der XII Tafeln S. 30. — Er enthält nur das Verbot von vindiciae secundum servitutum bei vindicatio in servitutum, nicht bei jedem Freiheitsprozeß S. 31f. (Vindiciae secundum populum S. 32.) Diese Behauptung ergibt sich aus der späteren Stellung des Litigans bei causa liberalis in den Digesten S. 33f. (erst allmählich bricht sich die durchgängige Freilassung, Bahn) aus der Natur der actio ad exhibendum S. 35f., am deutlichsten aus den Berichten über den Prozeß um Verginia selbst S. 37—41.

5. Der Prozeß um Verginia bei Diodor S. 41. — Diodors Bericht ist der älteste und beste. Der Vater ist anwesend, Appius noch nicht genannt, Verginia eine Patrizierin. Diodors Quelle gab eine Präjudizialentscheidung, daß der Prozeß als vindicatio in libertatem zu betrachten sei mit entsprechender Vindizienregulierung in servitutum S. 41—44. Absolute Glaubwürdigkeit dieses Berichts S. 45. Ciceros und Pomponius' Angaben S. 46f.

6. Der Prozeß um Verginia in der jüngeren Annalistik S. 47. — Korruption in der jüngeren Annalistik. Sie verstand den alten Bericht nicht. Die durchgängige Freilassung des Litigans im Freiheitsprozeß Prinzip geworden S. 47. Sie wählte den Ausweg, die Katastrophe auf anfängliche Abwesenheit des Vaters zu basieren S. 48.

Kontamination der Quellenschichten bei Livius und Dionysius S. 48. Einleitung des Verfahrens S. 49. Klageantrag und Appius' erstes Dekret bei Livius S. 50ff., bei Dionysius S. 52—55, intervention von Verginias Verwandten, Appius' zweites Dekret und Schlufsentenz bei Livius S. 56—58, bei Dionysius scheinbares Definitivurteil S. 58f.

7. Der Sturz des Decemvirats S. 60. — Auch hier Diodors Bericht der beste S. 61f. Ciceros Notizen S. 62f. Kontamination der verschiedenen Schichten bei Livius und Dionysius S. 63ff. Valerius und Horatius S. 64. Nitzschs Quellenkritik S. 65f.

8. Übersicht der bisherigen Resultate S. 67.

III. Der Freiheitsprozeß in Athen S. 70.

1. Vindicatio in servitutum S. 70. — Allgemeines Schema bei Plato S. 70. Notizen der Lexikographen S. 71. Einzelne Fälle Isaens' Rede für Xenokles S. 71f. Demosthenes gegen Neaera S. 72—74. Lysias gegen Panceleon wol unecht S. 74—77. Analogie bei Lysias gegen Agoratos S. 77. Angebliche Litisrescenz der Libertätsklage bei Demosthenes gegen Theocritus. Versuch der Erklärung S. 78—80.

2. Vindicatio in libertatem S. 80. — Von Meier-Schömann und Leist geleugnet S. 80. Notwendigkeit ihrer Existenz aus allgemeinen Gründen S. 81. Ihre Fälle in unserer Überlieferung S. 81f. Anspielung bei Isokrates S. 82. Die in libertatem proclamatio bei Dio S. 82f. Fall des Banguier Pasion bei Isokrates S. 83f. Episode aus dem Prozeß gegen Timarch bei Aeschines S. 85f.

3. Allgemeine Übersicht S. 87. — Notwendigkeit des assertor auch in Athen; ihre Erklärung S. 87f. Interimistische Stellung des Streitobjekts im Prozeß nicht ganz deutlich S. 89f.

4. Die *δίκη ἀποστιασίου* S. 90—92. — Ihre Bezeugung bei Harpokration und Snidas S. 91. Erklärung der Verschiedenheit in ihren Angaben; ihre Tragweite S. 91f.

5. Einige Details aus den delphischen Freilassungsurkunden S. 92. Scheinverkauf an die Gottheit als Form der Freilassung S. 92. Garantie der Freiheit durch Strafsanktionen. Ihre iuristische Bedeutung unklar S. 93f.

IV. Die in rem actio der Inschrift von Gortyn . . . S. 96.

1. Allgemeines S. 96f. — Geschichte der Inschrift. Gliederung der actio in rem in possessorium resp. Präjudizialklage und Petitorium S. 96f.

2. Possessorium resp. Erledigung der Präjudizialfrage S. 97. — Verbot eigenmächtiger Ductio. Kein Unterschied gegenüber Athen und Rom hierin S. 98f. Strafsystem bei Übertretung des Verbots S. 99. Präparatorische Funktion des possessorium S. 100.

3. Vindication S. 101. — Eigentum und Freiheitsprozeß, Analogien zum attischen und römischen Recht. Durchgängige Freilassung des Litigans ist nicht Prozeßprinzip S. 101. Duplizität der Klage, ihre Tragweite. Beweisrecht S. 102f.

4. Exekution S. 103. — Primäre Selbsthilfe, dann kompliziertes Geldstrafensystem S. 105ff. Binnen Jahresfrist *τὰ ὅλγα ἔμειον. πῶλον δὲ μὲ* Erklärung dieser Worte S. 106f. Prinzip bei der Strafnormierung S. 108. Der Kosmos als Prozeßpartei S. 109.

Exkurse.

I. Ein Beitrag zum Verständnis der Legisaktionen . . . S. 113.

1. Einige Bemerkungen über den Ursprung der possessorischen Interdikte S. 113. — Herleitung aus dem Schutz der Inhaber von *ager publicus* von Niebühr versucht, neuerdings von Dernburg S. 113. Beweis aus einer Cicero-Stelle trifft nicht zu S. 113f. Aulus Gallus' Definition von *possessio* S. 116. Beweis aus der Analogie des doppelseitigen Interdikts und der doppelseitigen Sakramentalklage S. 117f.

Herleitung aus der Differenzierung der Parteienrollen bei der Eigentumsklage, überhaupt des Besitzschutzes aus dem Eigentumschutz S. 119. Die Überlieferung eher dagegen S. 120 bis 122. Ein konkreter Einführungsgrund fehlt S. 123.

2. Contravindikation und Vindizienregulierung S. 123. — Beschreibung der Sakramentalklage bei Gaius S. 123f. Gleichheit der Prozeßbehauptungen auffällig. In ihrer Auffassung drei Theorien S. 124f. Die Annahme der vollen Gleichheit der Prozeßparteien gestützt auf die Freiheit der Vindizienregulierung. Unvereinbar mit dem Ritual der freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 126. Unterschied der Sakramentalklage von begrenzten Präjudizien S. 126f. Bedeutung der Vindizienregulierung S. 127f. Sie schließt das Interdiktendekret weder aus, noch wird sie von ihm ausgeschlossen S. 128f. Erklärung der Vindizienregulierung aus der Natur des Sakramentalverfahrens. Dasselbe spiegelt frühere Selbsthilfe ab, die als solche erlaubt ist S. 130—133. Schwierigkeit der Entscheidung, wenn beide sachfällig werden, ein Argument gegen volle Duplizität S. 133—135. Passivlegitimation des Besitzers, faktisch auch Aktivlegitimation S. 135. Dadurch entsteht ein Widerspruch zwischen dem Verfahren in iure und in iudicio, Versuch einer Lösung desselben durch Interpretation von secundum nam causam S. 136—139. Lotmars Ablehnung der Contravindikation unberechtigt S. 139—142. Gaius' scheinbare Identifizierung der Parteienrollen S. 143f. Ein neuer Erklärungsversuch der Contravindikation S. 144—146.

3. Vindizienregulierung und Exekution S. 146. — Vindizienregulierung vernichtet das bisherige Eigentum an der Sache, daher Exekution nur auf den Schätzungswert möglich S. 146. Dem entspricht auch das Bürgschaftensystem S. 147. Exekutionsordnung der XII Tafeln. Ihre Interpretation bei Stintzing irrtümlich S. 148f. Wie Exekution fehlt auch Kondemnation in rem und aus denselben Gründen S. 149f. Irreführende Formulierung bei Gaius IV, 48 S. 150f. Zur Geltendmachung des Schätzungswertes dient die Manusinjektionsklage S. 151.

4. Die Manusinjektionsklage S. 151. — Gaius' Bericht über sie S. 152. Klaggegenstand ist Recht der Ductio S. 152. Ihre Grundlage die liquide Geldschuld. So die XII Tafeln S. 152f. Die außergerichtliche Handanlegung geht ihr voran S. 153—155.

5. Außergerichtliche Manusiniectio. Ihr Verhältnis zur Manusinjektionsklage S. 155—161. — Man hat bei außergerichtlicher Handanlegung Manusinjektionsklage angenommen. Dies ist irrtümlich, S. 155. Fälle der außergerichtlichen Handanlegung einzeln erwogen S. 156—161.

6. Handanlegung im Freiheitsprozesse S. 161—167. — Sie bildet den letzten dieser Fälle. Auch hier Exekutivklage angenommen S. 161. Diese Meinung mit Recht jetzt verworfen. Gründe S. 161ff. Schon ihr Substrat, die Handanlegung im Freiheitsprozesse überhaupt ist keineswegs sicher, unterliegt vielmehr bei der Vindikation Gewaltunterworfen den schwersten Bedenken S. 163—167.

II. Der Prozeßbericht bei Dionysius und Livius . . . S. 168.

Bibliographie (Verzeichnis der abgekürzt citierten Werke) S. 189.

I.

Einige orientierende Bemerkungen über den Gang des römischen Civilverfahrens.

Man unterscheidet in der Entwicklung des römischen Civilverfahrens vier Perioden, als deren Grenzpunkte etwa das siebente Jahrhundert der Stadt, die mittlere Kaiserzeit und die Zeit Justinians zu bezeichnen wären.

Eine Übersicht über den Prozeßgang geht am besten von dem Verfahren der zweiten Periode aus.

Dasselbe begann damit, daß der Kläger den, gegen welchen er Ansprüche vorbringen wollte, zu einem bestimmten Tage vor den Prätor lud. Hier wurde in mündlicher Rede und Gegenrede der Streitpunkt zunächst thatsächlich festgestellt und umgrenzt; insbesondere war es die Sache des Prätor, aus den Parteiangaben die streitigen Punkte in ihrer juristischen Tragweite zu erkennen und demnächst zu formulieren. Er that dies, indem er einem von ihm ernannten Einzelrichter — in wenigen Fällen war durch Gesetz ein Richter oder ein Richterkollegium für einzelne Kategorien von Ansprüchen bestimmt — eine Anweisung zugehn ließ, in der dieser aufgefordert wurde, den nunmehr fest umgrenzten Streitpunkt zu untersuchen und zu entscheiden.

Das Verfahren vor dem Prätor heißt das Verfahren *in iure*, das vor dem untersuchenden Einzelrichter das *in iudicio*. Die Anweisung des Prätor an den letzteren ist die „*formula*“; von ihr hat das Verfahren den Namen „Formularverfahren.“

Diese Formel konnte je nach der Verschiedenheit des klägerischen Anspruchs eine sehr verschiedene Fassung annehmen. Hervorragend wichtig für das Verständnis des römischen Rechtsorganismus ist auch hier der Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen oder persönlichen Klagen. Geht mein Anspruch

auf eine bestimmte Sache, so ist damit notwendig der Gegenstand der Klage, aber noch nicht die Person des Beklagten gegeben; Beklagter vielmehr ist, wer meine Sache hat, aber nicht primär eine bestimmte Person (dingliche Klage, *actio in rem*). Habe ich aber eine Forderung, z. B. daß mir eine bestimmte Arbeit, etwa der Bau einer Mauer von bestimmtem Umfang und Dimensionen von jemandem geleistet werden muß, so ist dieser der gegebene und notwendige Beklagte (obligatorische Klage, *actio in personam*). Dieser Unterschied macht sich ganz erheblich in der Klagformel geltend.

Ein Beispiel der dinglichen etwa wäre:

Si paret fundum etc. ex iure Quiritium Auli Ageri esse, ni Numerius Negidius Aulo Agerio arbitrato tuo restituat, N^{um} N^{um} A° A° quanti ea res est condemna.

Auch über Sklaven wird in solchen Prozessen nach römischem Recht wie über Sachen gestritten: Si paret hominem Stichum etc.

Ein Formular der obligatorischen Klage etwa ist:

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio murum etc. erigere oportere etc. etc.

Die dingliche Klage (*actio in rem*) heißt technisch entweder '*petitio*' (und danach die Formel petitorische Formel) oder '*vindicatio*'. Zu den Vindikationen gehört nach römischem Recht auch die Inanspruchnahme von Gewaltrechten, z. B. wenn eine Partei einen Menschen als Sklaven, ihr Gegner ihn etwa als Haussohn in Anspruch nimmt. Man nennt dies *vindicatio in libertatem* oder in *servitutum* und unterscheidet diese Ausdrücke derart, daß eine *vindicatio in libertatem* stattfindet, falls das Streitobjekt bisher tatsächlich Sklave, eine *vindicatio in servitutum*, falls es bisher tatsächlich frei war, — letzteres unter Voraussetzung der *bona fides*. War dieses tatsächliche Verhältnis unter den Parteien streitig, so entschied darüber anfangs der Prätor selbst in iure, später wurde diese Vorfrage von der Hauptfrage gesondert und durch einen Specialrichter in einem eignen Verfahren erledigt, von dem sogleich zu sprechen sein wird.

Es kann nämlich auch vorkommen, daß eine Partei sich an den Prätor wendet, nicht mit einem wirklichen Anspruch, sondern mit dem Begehren, er möge ein tatsächliches Verhältnis als solches untersuchen und feststellen, z. B. ob X. ein Freigelassener etc. sei. Es kann einer Partei von Wert sein das zu eruieren, und sie kann, im Besitz einer amtlichen Feststellung dieses Verhältnisses,

unter Umständen einen Anspruch darauf begründen resp. in einem neuen Prozeß geltend machen. Dahin gehört auch das eben erwähnte Vorverfahren im Freiheitsprozeß. Wenn A. behauptet, daß X. sein Sklave sei, B. denselben X. als seinen Haussohn reklamiert, so kommt es zum Freiheitsprozeß. Es fragt sich, ob A. Kläger oder Beklagter ist; im ersteren Fall hat er den Beweis seines Anspruchs zu führen (*vindicatio in servitutum*), im zweiten Fall kann er den Beweis des Gegenteils abwarten (*vindicatio in libertatem*), den B. zu führen hat. Hier entscheidet das tatsächliche Besitzverhältnis, soweit es nicht augenscheinlich *dolos* ist; hat X. im Moment der Klaganstellung tatsächlich und *bona fide* als Haussohn von B. gelebt, so ist A. der Kläger, im anderen Falle ist er der Beklagte. Ist nun auch dies *controvers*, behauptet A., daß X. im Moment der Klaganstellung tatsächlich sein Sklave gewesen (nicht bloß rechtlich), B., daß er tatsächlich bei ihm als Haussohn gelebt habe, so entscheidet über dieses momentane Besitzverhältnis im Moment der Klaganstellung und damit über die Parteirollen im nachfolgenden Hauptprozeß ein Vorverfahren, ein *praeiudicium*, das anfangs vom Prätor selbst kraft eigener Kognition durch Dekret erledigt wurde. Es bildet so einen Inzidentpunkt in dem Hauptprozeß und zwar in demjenigen Theil desselben, der sich in *iure*, eben vor dem Prätor selber, abspielt.

Ebenso wie das hier beschriebene Vorverfahren bei der Freiheitsklage zum Hauptprozeß, verhält sich bei der gemeinen Sachvindikation der Besitzprozeß zum Eigentumsprozeß. Ist das Eigentum an einer Sache streitig, so wird naturgemäß der Besitzer — die *bona fides* immer vorausgesetzt — Beklagter sein und den Beweis des Klägers abwarten dürfen. Denn dieses letztere ist nach genereller römischer Prozeßvorschrift der Vorzug der Beklagtenrolle. Ist aber auch der momentane Besitz streitig, so muß, damit die Parteirollen für die Eigentumsklage feststehen, erst über diesen entschieden werden. Man nennt den Besitzprozeß 'possessorium' im Gegensatz zum 'petitorium', eben der Eigentumsklage.

Auch außer diesem Präjudizialverfahren kamen, wenn auch zunächst äußerst selten, Fälle vor, in denen der Prätor die Sache, statt sie einem *Judex* zu überweisen, selbst durch Dekret nach eigener „Kognition“ entschied. Hier ist also der Grundgedanke des regulären römischen Prozeßrechts, die Trennung des instruierenden Berufsrichters von dem untersuchenden und erkennenden Laien-

richter aus der Hand gegeben. Es lag in den Verhältnissen, daß mit dem Sinken der bürgerlichen Freiheit seit der mittleren Kaiserzeit dieses Verfahren immer weitere Ausdehnung fand und zuletzt den Formularprozeß in den meisten Fällen verdrängte. Dies ist die „*cognitio extraordinaria*“ der dritten Periode, welche vom Formularprozeß zu dem Verfahren der ausschließlichen magistratischen Kognition hinüberleitet, die wir in den Digesten finden.

Das Verfahren der Digesten ist das der vierten Periode.

Wenn wir demnach den Civilprozeß der zweiten Periode, den Formularprozeß, in seinen allerrohesten Umrissen skizziert und die Prozeßformen der dritten und vierten Periode wenigstens erwähnt haben, so erübrigt noch eine einführende Bemerkung über das älteste römische Civilverfahren. Dasselbe unterscheidet sich vom Formularprozeß durch die Verschiedenheit des Verfahrens in iure. Die Parteien traten vor den Prätor und sprachen ihre Behauptungen und Gegenbehauptungen in bestimmten vom Gesetz vorgeschriebenen Sätzen unter Vornahme gleichfalls solenner, symbolischer Ritualhandlungen aus. Diese Parteihandlungen in iure sind die *legis actio*; von ihnen führt das Verfahren den Namen „Legisaktionsprozeß.“

Auch hier tritt der oben besprochene Unterschied zwischen dinglicher und persönlicher Klage hervor, und zwar wie in der zweiten Periode in dem Wortlaut der Formel, so hier in dem Wortlaut der Legisaktion.

Bei der persönlichen Klage sagt Kläger: *Aio te mihi centum dare oportere*. Beklagter repliziert: *Nego me tibi centum dare oportere*.

In der dinglichen Klage Kläger: *Hanc rem oder hunc hominem meum esse aio ex iure Quiritium etc.* Beklagter hat mit denselben Worten zu antworten. Bei der Vindikation von Gewaltrechten modifiziert sich das; z. B. bei einem Streit zwischen angeblichem Herrn und angeblichem Vater würde ersterer sagen: *hunc hominem Stichum meum esse aio*, letzterer h. h. *St. filium familias meum esse aio*.

Beide Parteien setzen dann eine Summe Geldes vor dem Prätor für die Richtigkeit ihrer resp. die Unrichtigkeit der gegnerischen Behauptung ein, die sie im Falle des Unrechts an das Ärar verlieren. Diese Summe heißt *Sacramentum*, von ihr führt diese Klage den Namen „Sakramentalklage.“

Bevor der Prätor den erkennenden Richter ernennt, verfügt er noch über das Streitobjekt, d. h. er macht eine der Prozessparteien, nach freier Wahl, zum Besitzer desselben gegen Kautions für Rückgabe resp. Wertersatz für die Sache und ihre Früchte, falls der so konstituierte Besitzer schliesslich unterliegt. Dies heisst technisch Verteilung der Vindicien, *dictio vindiciarum*. Sie geschah in der Form, daß der Prätor am Ende des Verfahrens in iure erklärte: *Vindicias secundum te Ageri oder Numidi do oder dico*, und gleichzeitig dem so Genannten das Streitobjekt eingehändigte.

Das Urteil des Richters lautete über die Sakramente, d. h. er erklärte, *sacramentum Ageri od. Numidi iustum esse*. Darin lag gleichzeitig die Entscheidung über den materiellen Anspruch.

Hatte der Sieger vorher nicht die Vindicien erhalten, so war es zunächst Sache des unterlegenen Inhabers derselben, das Objekt mit den Früchten zu restituieren resp. mit dem Sieger sich sonstwie zu einigen. Geschah das nicht, so wurde der Anspruch des Siegers in einem Liquidationsverfahren (*arbitrium litis aestimandae*) in Geld umgesetzt, wobei mindestens die Früchte d. h. der Nutzungsertrag der Sache während des Prozesses, vielleicht auch die Sache selbst zum doppelten Wert gerechnet wurden, und nun war ihm ein sehr energisches Mittel in die Hand gegeben, diesen Geldanspruch geltend zu machen, eine neue Klage, aber unter Bedingungen, wie sie für den Verurteilten schwerer kaum gedacht werden können. Er konnte diesen, den Iudikatsschuldner, statt der sonst üblichen Ladung vor den Prätor, ohne weiteres verhaften, vor den Prätor führen und ihn sich dort unter Angabe seines Anspruchs als Schuldknecht zusprechen lassen. Letzterer durfte sich nicht selbst verteidigen, vielmehr konnte eine Verteidigung und damit eine Revision des Gesamtverfahrens nur durch einen Vertreter, *vindex*, des Verhafteten geschehen, welcher damit freilich das Risiko übernahm, daß die geschuldete Summe im Fall der neuen richterlichen Anerkennung der Schuld sich verdoppelte.

Diese Handanlegung des Schuldners heisst *manus iniectio* und davon das Verfahren *Manusinjektionsklage*; ihr wesentlicher Zweck also ist die Exekution von Urteilen, die in anderen Prozessen ergangen sind, nachdem dieselben in Geldwert umgesetzt waren.

II.

Der Freiheitsprozeß in Rom.

1. Form desselben.

Daß der Freiheitsprozeß sich in der Form der Sakramentalklage vollzog, erwähnt Gaius¹⁾ in der Beschreibung derselben und bezeugt noch für das Ende der Republik Cicero wiederholt²⁾. Diese Verbindung lag der älteren Zeit um so näher, als der Prozeß um die Freiheit oder Sklaverei eines Menschen wenigstens von dem Standpunkt der einen Partei gleichzeitig als einfache Vindikation zu bezeichnen ist.

Für einen langen Zeitraum in der Folge fehlt es dann gänzlich an Nachrichten über die Form der Freiheitsklage. Wir können nur durch Schlussfolgerungen erraten, in welcher Weise von der zweiten Periode an, als die Formularklage das Sakramentalverfahren verdrängt hatte, die korrelaten Ansprüche auf Eigentum und Freiheit rechtlich erledigt wurden. Festen Boden finden wir, wie begreiflich, erst wieder in den Digesten vor, wo natürlich das rein magistratische Verfahren der *cognitio extraordinaria*, die allmählich den gemeinen Prozeß verschlungen hatte, auch auf die *causa liberalis* Anwendung fand.

Wenn aber die herrschende Theorie daraus die Konsequenz gezogen hat, daß auch in der klassischen Zeit der Freiheitsprozeß die Form der Feststellungsklage annahm, so kam diesem Mißverständnis m. E. nicht nachdrücklich genug begegnet werden. Mit Recht bemerkt Lenel³⁾, daß in den Digesten die Freiheitsklage an keiner Stelle als *praeiudicium* bezeichnet wird, eine Unterlassung, die bei den anderen *Praejudizien* nicht wohl vor-

¹⁾ Gaius IV, 14: si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L. assibus contenderetur, eadem lege cautum est.

²⁾ Cic. pro Caecina 33. Cum Aretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemviris religionem iniēcisset, non posse sacramentum nostrum iustum iudicari . . . prima actione non iudicaverunt; postea . . . sacramentum nostrum iustum iudicaverunt; und pro domo 29: si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent, tamen quotiescunque vellet quis in hoc genere solo rem indicatam referre posse voluerunt. Die Deutung dieser Belege bei Stintzing Verhältnis etc. p. 32, welche von Dernburg kritische Zeitschrift I p. 462 gebilligt wurde, vermag ich nicht zu teilen.

³⁾ Lenel, Das Edictum p. 305 f. Vorher schon kurz Puchta, Institutionen II, p. 124 f.

kommt. Ungleich erheblicher ist aber der tiefe organische Unterschied zwischen den sonstigen Feststellungsklagen und der Libertätsklage: jene erledigen eine Vorfrage, die, in einem neuen Verfahren geltend gemacht, vermögensrechtlich relevant sein kann, diese entscheidet in endgültiger und exequierbarer Form über ein Vermögensobjekt. Allerdings finden wir eine Feststellungsklage im Freiheitsprozeß überliefert: allein sie hat den Zweck, für den Fall, daß auch der momentane Besitz streitig ist, die Parteirollen für das spätere Hauptverfahren festzusetzen. Genau dasselbe Verhältnis besteht bekanntlich bei den possessorischen Interdikten und der Vindikation, dem *petitorium*.

Ganz deutlich spricht es Ulpian aus, daß, wenn der thatsächliche Zustand im Moment der Klaganstellung unter den Parteien streitig ist, dann in einem dem Hauptprozeß vorangehenden Feststellungsverfahren entschieden wird, wer Kläger und wer Beklagter ist¹⁾. Auf diesen Fall ist es zweifellos zu beziehen, wenn an zwei Stellen²⁾ in den *Digesten* die Feststellungsklage in naher Verbindung mit dem Freiheitsprozeß erwähnt wird.

Es ist ein absolutes Mißverständnis, wollte man hier, wo von einem möglichen, keineswegs nötigen Vorverfahren gesprochen wird, an die eigentliche Freiheitsklage denken. Neben dem klassischen *praeiudicium*,

an Pamphilus in *libertate sine dolo malo fuerit*, muß noch ein anderes Rechtsinstitut zur Entscheidung der Haupt-

¹⁾ L. 7 § 5 D. 40, 12. Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit. igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem aut contra agatur. et si forte apparuerit, eum qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse, is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit servum suum probare: quod si pronuntiatum fuerit, eo tempore quo lis praeiudicatur, in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare.

²⁾ § 137 IV, 6 cf. Theophilus zu dieser Stelle: *praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit*; und c. 21 C. VII, 16 Rescr. d. d. Diocl. et Max. *Eam quae in possessione libertatis non sine dolo malo reperitur in servitutem constitutae simile habere praeiudicium edicto perpetuo „si controversia erit, utrum ex servitute in libertatem petatur an ex libertate in servitutem“ sui conceptione manifeste probatur.*

frage, ob Pamphilus rechtlich frei oder dem Vindikanten zuzusprechen sei, bestanden haben. Daß es gleichfalls eine Feststellungsklage war, erscheint schon aus formalen Gründen im höchsten Maße unwahrscheinlich: wir hätten dann ein praeiudicium zur Vorbereitung eines praeiudicium! Die römische Jurisprudenz empfand einmal die Freiheitsklage als eine dingliche, nicht bloß die vindicatio in servitutum, die offenkundig eine actio in rem gegen den assertor, den Freiheitsvindikanten ist¹⁾, sondern auch die vindicatio in libertatem, die, das einfache Gegenstück der ersten, sich von ihr nur durch die Umkehrung der Parteirollen unterscheidet: der assertor in libertatem ist hier Kläger, dort Beklagter. Natürlich kann durch diesen rein thatsächlichen Unterschied keine gegnerische Differenz der Prozessformen begründet werden: die Annahme scheint unabweislich, daß die klassische Libertätsklage in der zu jener Zeit typischen Form der dinglichen Klage, nämlich als actio in rem per formulam petitoriam verhandelt wurde.

Indessen wir sind nicht darauf beschränkt, diese Thatsache aus inneren Gründen zu vermuten; sie ist mit hinreichender Deutlichkeit in einer von den Kompilatoren der Digesten an die Spitze der Vindikationslehre gestellten Bemerkung Ulpian's²⁾ enthalten:

Post actiones quae de universitate propositae sunt subicitur actio singularum rerum petitionis. Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus tam animalibus quam his quae anima carent et in his quae solo continentur. Per hanc autem actionem (nämlich per rei vindicationem) liberae personae quae sunt iuris nostri ut puto liberi quae sunt in potestate non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria et ita Pomponius libro trigensimo septimo: *nisi forte inquit adiecta causa quis vindicet*: si quis ita petit „filium suum“ vel „in potestate ex iure Romano“ videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse; ait enim adiecta causa ex iure Quiritium vindicare posse.

Hier ist direkt ausgesprochen, daß die modifizierte Vindikationsformel der petitorischen Klage auf den Freiheitsprozeß An-

¹⁾ cf. Lenel c. p. 308.

²⁾ L. 1 D. VI, 1.

wendung fand. Freilich wird diese Anwendung in subsidiärer Form schwankend und auf die Autorität eines älteren Juristen hin erwähnt: sie hatte eben aufgehört, das in diesem Fall übliche Rechtsmittel zu sein und war durch die anderen Prozessformen verdrängt worden, welche derselbe Schriftsteller unmittelbar vorher erwähnt. Von diesen können die Interdikte *de homine libero exhibendo* und *ducendo* hier füglich außer acht bleiben. Dafs die Praejudizialklage neben der *extraordinaria cognitio* die eigentliche Vindikation verdrängte, findet, wie schon oben angedeutet, seine Erklärung zum Teil in der Entwicklung des römischen Civilprozessrechts, die eben vom Formularverfahren zur schließlichen Alleinherrschaft der magistratischen Kognition geführt hat. Allein daneben dürfte zu erwägen sein, dafs das *praeiudicium*

utrum in libertatem an in servitutum petatur,

welches wir als das alleinige *praeiudicium* des klassischen Libertätsprozesses betrachten, das nachfolgende Hauptverfahren in vielen Fällen überflüssig zu machen geeignet war: hatte der Richter entschieden, dafs die streitige Person als *bona fide* frei zu betrachten sei, so mochte sich der Kläger überlegen, ob er, dem das schwierige *onus probandi*, welches er auf die Gegenpartei abzuwälzen gedachte, nunmehr selbst oblag, nicht von dem Prozess lieber zurücktrat. So konnte das *praeiudicium* über die Beweislast, welches nur den thatsächlichen Zustand, nicht die Rechtsfrage entschied, den Hauptprozess ersetzen, wie das *possessorium* gewifs oft das *petitorium* überflüssig gemacht hat, zu dem es in demselben Verhältnis steht. Nur dafs wir dies in der Freiheitsklage zweifellos sehr viel häufiger annehmen dürfen: denn die Entscheidung über den thatsächlichen Besitz von Mobilien und Immobilien enthält keineswegs mit Sicherheit auch die Entscheidung über das Recht auf diesen Besitz, während wir, was den Freiheitsprozess anlangt, annehmen dürfen, dafs durch richterliche Konstituierung des thatsächlichen Zustandes bis zu einem gewissen Grade auch der rechtliche Sachverhalt beurteilt war: wer als *bona fide* im Zustand der Freiheit befindlich rechtlich anerkannt wurde, wird in der Regel auch objektiv als frei zu betrachten gewesen sein, während umgekehrt, wer durch richterliches Erkenntnis, wo die Beweislast streitig war, als Sklave resp. als *dolo malo* in *libertate morans* bezeichnet wurde, in den meisten Fällen auch kein Recht auf die Freiheit gehabt haben wird.

Eine wesentlich andere Auffassung sowohl der Freiheits- als der Sakramentalklage überhaupt sucht Brinz¹⁾ in seinem Gutachten über Lenels Edictum geltend zu machen:

„Ausgemacht richtig dünkt dem Referenten die Behauptung des Verfassers, dass der Freiheitsprozess in klassischer Zeit noch nicht das *praeiudicium* der vierten Periode gewesen sei: allein, wenn er vordem *legis actione sacramento*, dann in *rem actione per sponsionem* verhandelt wurde: waren *legis actio sacramento*, und dann die in *rem actio per sponsionem* nicht selbst und wesentlich *praeiudicia*? oder hatte in l. a. der Kläger mit dem Urteil, das sein *sacramentum iustum* sei, auch schon seine Sache? und ist in der in *rem actio per sponsionem* diese *sponsio* nicht selbst *praeiudicialis* geheissen? muß man also, anstatt zu sagen, der Freiheitsprozess sei erst später *praeiudicium* geworden, nicht vielmehr sagen, der Freiheitsprozess ist *praeiudicium* geblieben, die übrigen Vindikationen sind *petitiones* geworden?“

Die von Brinz indirekt gestreifte Frage, ob die Sakramentalklage ihrer juristischen Struktur nach als *praejudizial* im späteren Sinne betrachtet werden darf, ist in dem dieser Darstellung beigefügten Exkurse ausführlich erwogen und zwar verneint worden. Allein davon ganz abgesehen, wird, wer die hier gegebene Darstellung für zutreffend hält, als entscheidend ansehen, daß die Anwendung der gemeinen Vindikation, des geraden Gegenteils eines *praeiudicium* auf die Freiheitsklage Brinz entgangen ist. Wir würden demnach eine Unterbrechung der *praejudiziellen Libertätsklage* auf viele Jahrhunderte und ein Zurückkehren zu ihr in der vierten Periode konstatieren müssen. Einen solchen Zusammenhang, falls ihn die Überlieferung und die *ratio* der Sache verlangte, anzunehmen, würde keine unüberwindlichen Schwierigkeiten haben; ihn der Überlieferung und der Sache aufzudrängen wird niemand beabsichtigen.

Die Entwicklung der Freiheitsklage im römischen Recht dürfte hienach so zu denken sein:

In der ersten Periode: Erledigung durch Sakramentalverfahren. Wo der thatsächliche Zustand, nicht bloß die Rechtsfrage, streitig war, Regulierung desselben und damit der Parteipollen durch magi-

¹⁾ Z. der Savignystiftung rom. Abt. IV p. 175, 7.

stratische Kognition — analog der magistratischen Kognition über Beweislast in der dinglichen Klage vor Einführung der possessorisches Interdikte.

In der zweiten Periode: Erledigung der Hauptfrage vielleicht in einem Übergangsstadium durch in rem actio per sponsionem, regulär durch in rem actio per formulam petitoriam, der Vorfrage anfangs noch durch prätorische Kognition, dann durch ein praeiudicium über die Frage *utrum e servitute in libertatem an e libertate in servitutum petatur*.

In der dritten Periode: Erledigung der Vorfrage durch praeiudicium, der Hauptfrage, wo sie nötig wurde, bei dem Feststellungsrichter im Wege der *extraordinaria cognitio*.

Dadurch vorbereitet:

In der vierten Periode: Das praeiudicium der Digesten.

2. Kritik von Püntscharts „Der Prozeß um Verginia“.

Die einzige umfassende Behandlung des Prozesses um Verginia liegt bei Püntschart vor.¹⁾ Die Widerlegungen, welche diese in der That ungewöhnlich mangelhafte Untersuchung erfahren hat, sind auf die Irrtümer der Textinterpretation, die zuweilen Irrtümer der Textübersetzung sind, bisher weniger eingegangen:²⁾ thut man dies, so zeigt sich, daß der philologische Teil des Werks dem juristischen entspricht.

Freilich hat der Verfasser durch seine Auffassung der Freiheitsklage als Manusiniotionsklage³⁾ sich das Verständnis des Livianischen Berichts von vornherein verschlossen; allein auch darüber hinaus leistet seine Paraphrase des überlieferten Textes das Unglaubliche.

Es soll dies nur an einigen wenigen Stellen nachgewiesen werden, welche die Auffassung der wichtigsten Prozeßmomente bestimmen. Gleich zu Anfang des Prozeßberichts finden wir eine äußerst charakteristische Probe dieser Interpretation. Bei Livius

¹⁾ Püntschart, Der Prozeß um Verginia 1860.

²⁾ Ubbelohde in den GGA 1863, p. 1481—1500. Programm von Feldkirch 1861/62. Die letztere schwer zugängliche Schrift verdanke ich der Freundlichkeit des Jesuitenkollegiums von F. Eck, Doppelseitige Klagen 1870 p. 25 n. 88. Auf diese Darstellungen wird in dem folgenden Abschnitt dieses Kapitels eingegangen werden.

³⁾ Das Nähere darüber in dem Exkurse.

giebt der Decemvir seinem Klienten zunächst Verhaltensmaßregeln für den beginnenden Prozeß:

negotium dedit, ut virginem in servitutum assereret neque cederet secundum libertatem postulantibus vindicias, quod pater puellae abesset locum iniuriae esse ratus.¹⁾

Die Umwege, welche Puntchart zur Erklärung der Worte neque-vindicias einschlägt, und die über das Gesamtgebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit adoptio, in iure cessio, manumissio führen, möge man bei ihm selbst nachlesen: hier kommt nur das Resultat in Betracht: „Die Anwendung eines Gesetzes läßt sich aber nicht bestreiten, sobald alle rechtlichen Voraussetzungen desselben vorhanden sind; denn in diesem Fall muß der Magistrat seines Amtes handeln. Was sich also bestreiten läßt, sind lediglich nur die Voraussetzungen, von denen die Anordnung eines Gesetzes abhängt. Die nächste Voraussetzung der Anwendung des Gesetzes über die vindiciae ist nun die, daß wirklich ein Vindikationsprozeß vorhanden ist. Dieser aber hat wieder zur Voraussetzung, daß der sich anbietende vindex als tauglich befunden wurde. Soll nun die Anwendung des Gesetzes über vindiciae secundum libertatem bestritten werden, so muß zuerst die Tauglichkeit des sich stellenden vindex angefochten werden. Appius drängt also die Sache in die Sphäre, in welcher er nach seinem Ermessen verfahren kann.“²⁾

Sieht man davon ab, daß in den Livianischen Worten: non cederet secundum libertatem postulantibus vindicias unmöglich der vom Verfasser gewollte Sinn liegt: Claudius solle bestreiten, daß die Voraussetzungen einer Vindikation vorlagen, d. h. daß die advocati als angemessene vindices anzuerkennen seien,³⁾ so käme zunächst in Betracht, ob wirklich die Entscheidung über Tauglichkeit eines vindex vom discretionären Ermessen eines Beamten abhing. Es ist möglich, daß die Bestimmung der XII Tafeln über den vindex:

assiduo vindex assiduus esto, proletario iam civi quis volet vindex esto.⁴⁾

¹⁾ Livius III, 44, 5 f.

²⁾ Puntchart c. p. 36 ff.

³⁾ cf. Eck, Doppelseitige Klagen p. 25 n. 88. — Ebenso wenig freilich in den von P. substituierten Worten, neque cederet vindicationem in libertatem postulantibus, die überdies nicht lateinisch sind.

⁴⁾ I, 4 Bruns.

sich nur auf in ius vocatio bezieht; allein sicher enthält der Grundsatz der Vaticanischen Fragmente, daß nur der Verdacht der Kollusion ein genügender Ausschließungsgrund von der Prozeßübernahme ist,¹⁾ das schon damals maßgebende Prinzip; welch' ein Rechtszustand würde sich auch ergeben, wenn in dem ohnehin schon so gefährlichen Verfahren der prozeßleitende Beamte einen vindex beliebig zurückweisen könnte! Zur Motivierung des angeblichen Livianischen Irrtums bezieht sich der Verfasser auf ein von Livius am Ende seines Berichts gemachtes Geständnis, er habe in seinen Quellen keine ihm einleuchtende Erklärung von Appius' Dekret der vindiciae secundum servitutum gefunden und begnüge sich daher die nackte Thatsache zu erwähnen, die er also als solche in seinen Berichten gleichlautend muß gefunden haben, daß Appius ein derartiges Dekret erlassen habe:²⁾

quem decreto sermonem praetenderit: quia nusquam ullum in tanta foeditate decreti verisimilem invenio, id quod constat nudum videtur proponendum, decresse vindicias secundum servitutum.

Auf diesen Satz stützt nun P. die allgemeine Behauptung, daß Livius in den ihm vorliegenden Berichten nichts ihm Einleuchtendes gefunden und hält sich demgemäß für berechtigt überall, wo bei Livius von Vindizien die Rede ist, d. h. in allen wesentlichen³⁾ Teilen seines Berichts — denn der Kern desselben ist ja, daß Appius ungerechte Vindizien erteilt habe — den Schriftsteller in beliebiger Weise zu korrigieren, so daß von diesem Autor schliesslich nicht mehr ein Satz unverfälscht stehen bleibt.

Die entscheidende Korrektur aber erfährt Livius darin, daß der Verfasser ihm Schuld giebt, bei der Erteilung der vindiciae „die allgemein bekannten, eigentlichen vindiciae, nicht aber die vorläufigen, am Schluß der Vorverhandlung zu erteilenden“⁴⁾ gemeint zu haben. Allein hier ist wieder übersehen, daß eine wenn auch noch so gewaltsame Korrektur des Livianischen Berichts zur Durchführung dieser Auffassung zwar nötig, aber nicht genügend

¹⁾ Frgm. Vat. n. 324 Huschke: ob turpitudinem et famositatem prohibentur quidam cognituram suscipere, assertorem non nisi suspecti praetori.

²⁾ Livius III, 48, 4.

³⁾ Die Rechtsbestände verlangen die vind. sec. libert. (III, 44, 2), Appius bezieht sich auf sein Vindiziengesetz (Liv. III, 85, 2). Die Fälle ließen sich beliebig vermehren.

⁴⁾ Puntschart c. p. 38 f.

ist. Denn nicht bloß Cicero,¹⁾ dessen Notizen über römische Vorzeit der älteren Tradition angehören, auch der weitaus zuverlässigste, weil einzig juristische, Bericht über unseren Prozeß, der in Pomponius Abriss der Rechtsgeschichte,²⁾ verlegt die Katastrophe in den Bruch von Appius' Vindiziengesetz. Wer aber, wie der Verfasser, diese Bezeugung nicht für genügend hält, der hätte mindestens die Verpflichtung gehabt, die Basis der eignen Konstruktion, die Bedeutung des Wortes *vindiciae*, etwas sorgfältiger zu prüfen, als hier geschehen ist.

P. geht von der feststehenden Thatsache aus, daß die Verhandlungen in iure sich oft über mehr als einen Termin erstreckten, weil der Vornahme des eigentlichen Rituals noch formlose Vorbesprechungen vorausgehen mußten. War nun das Streitobjekt in iure anwesend und auch der momentane Besitz streitig, so wurde eine Verfügung des Prätor über den Besitz bis zum nächsten, eigentlichen Termin in iure nötig, und diese Verfügung soll gleichfalls den Namen *vindiciae* geführt haben!³⁾

Unsere Hauptquelle über den Begriff von *vindiciae* ist eine, wie stets unkritische, Sammlung alter Erklärungsversuche bei Festus:⁴⁾

Vindiciae appellantur res eae de quibus controversia est: quod potius dicitur vis quam fit inter eos qui contendunt (1). — Cato in ea quam scripsit L. Furio de aqua: . . . s praetores secundum populum vindicias dicunt (2). — . . . et Lucilius: nemo hic vindicias neque sacra neque numen veretur (3). — de quo verbo Cincius sic ait: *vindiciae olim dicebantur [glabrae] illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant* (4). — At Ser. Sulpicius [nomine et]iam singulariter formato vindiciam esse ait [eam rem], qua de re controversia est ab eo quod vindicatur (5). — . . . et in XII tabulis: si vindiciam falsam tulit si velit is [prae]tor arbitros tres dato: eorum arbitrio . . . , fructus duplione damnum decedito (6). —

¹⁾ Cicero de re publ. III, 32, 44 cf. Ascon. in Corn. p. 77.

²⁾ L. 2 § 24 D. I, 2: Verginius cum animadvertisset Appium Claudium contra ius quod ipse ex vetere iure in XII tabulas transtulerat vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum qui in servitutum ab eo suppositus petierat dixisse

³⁾ So schon Schmidt in Z. f. g. R. XIV. 1848 p. 77 ff., p. 85 ff.

⁴⁾ Festus p. 376 M. Bruns fontes ed. Mommsen p. 376. cf. Schoell XII tab. p. 161. Voigt, Recht der XII Tafeln II. p. 49 ff.

Als sprachlich ursprünglich dürfte hiernach *vindicia* im Singular zu betrachten sein (5). Das Wort bedeutete damals das Streitobjekt, über welches mittelst Vindikation d. h. in *legis actio sacramento* entschieden wurde, und welches demgemäß bei Beginn der Prozedur sich in *iure* befand. Daher wurde der Ausdruck mittelst naheliegender Übertragung bei Immobilien auf dasjenige Stück angewendet, welches gleichsam zur Repräsentation des Ganzen vor Gericht gebracht wurde (3).

Neben dem Streitobjekt, insofern es vindiziert wird, scheint auch der Akt des Vindizierens selbst *vindicia* genannt worden zu sein.¹⁾ Indessen die reguläre Bedeutung des Worts ist „Streitobjekt im Vindikationsprozeß“, eben durch diesen Zusatz von dem umfassenderen *lis* geschieden, welches das Streitobjekt im allgemeinen oder richtiger Prozefsanspruch überhaupt zu bedeuten scheint.²⁾

Die Erklärung des Wortes, welche Festus aus dem ihm vorliegenden und von ihm vorgelegten Material abstrahiert hatte (*res de quibus controversia est* Nr. 1), ist demnach zu eng gefaßt;³⁾ sie beruht wohl auf derjenigen von Sulpicius (5), der trotz der ungenauen Ausdrucksweise dem Richtigen am nächsten kam.

Fassen wir nun *vindicia* als Streitobjekt in der *l. a. sacramento*, so erklären sich aus der Natur des Verfahrens bei dieser Klage eine Reihe technischer Wendungen: Bekanntlich wurde am Ende des Verfahrens in *iure* der interimistische Besitz des Objekts an eine der Parteien vergeben, was Gaius⁴⁾ so ausdrückt und erklärt: *deinde praetor vindicias secundum alterum dicebat, id est*

¹⁾ Gellius XX, 10, 7 *de qua re disceptatur in re praesenti . . . cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus rebus vindicare id est vindicia*.

²⁾ Varro de l. l. VII, 5, 93: *quibus res erat in controversia ea vocabatur lis*. Noch deutlicher Ulpian: L. 23 D. 16, 36: *litis nomen omnem actionem significat sive in rem sive in personam*. Daneben sucht Voigt c. I p. 582 noch eine engere Bedeutung von *lis* zu konstruieren, wonach dasselbe die Klage in *l. a. sacramento* im Gegensatz zu dem *iurgium* der *l. a. per iudicis postulationem* bedeutet. Vergl. dazu Karlowa, Civilprozeß p. 1—10 und 47—58. Die Frage kann hier auf sich beruhen, da wir es nur mit *lis* in der Bedeutung Klagobjekt zu thun haben.

³⁾ Bedenklicher erscheint jedenfalls seine neuerdings wieder aufgenommene etymologische Rechtfertigung dieser Erklärung (Roth Ztsch. der Savignyst. II, p. 128).

⁴⁾ Gaius IV, 16.

aliquem interim possessorem constituebat. Dies ist der gewöhnliche Ausdruck,¹⁾ daneben vindicias decernere;²⁾ secundum aliquem dare,³⁾ vom Standpunkt des konstituierten Besitzers ferre,⁴⁾ des bisherigen Besitzers, der nicht bestätigt wurde, amittere, was freilich nur in einer übertragenen und dichterischen Wendung vorkommt:⁵⁾ der Streit über die Vindizien wird durch die Worte vindicias postulare⁶⁾ und contendere⁷⁾ bezeichnet. Der Vindizienempfänger nun hatte öffentliche Bürgschaft zu leisten, praedes litis et vindiciarum,⁸⁾ wozu Gaius die erklärende Glosse hinzufügt: id est rei et fructuum. Diese Erklärung von Gaius, welche sehr nach eigenem Fabrikat aussieht, anzunehmen,⁹⁾ scheint mir äußerst bedenklich: wir wissen von dem Begriff der vindiciae genug, um sagen zu müssen, daß für die Bedeutung „Nutzungsertrag“ jede Anknüpfung und jede Spur fehlt, und es würde einer anderen Autorität als der von Gaius bedürfen, dessen Quelle wir hier nicht kennen und der daher nicht zu kontrollieren ist, um eine solche Annahme möglich erscheinen zu lassen. Lis und vindiciae als Pleonasmus zu betrachten,¹⁰⁾ wird man sich auch dann ungern entschließen, wenn man lis im Sinne von Klagobjekt den vindiciae gleichstellt. Nach dem oben Ausgeführten bedeutet lis das Streitobjekt resp. den Prozefsanspruch im allgemeinen, vindiciae daselbe im Vindikationsprozefs. Erwägen wir nun, daß öffentliche Verbürgung auch in anderen Prozessen als der dinglichen Sakramentalklage vorkommen konnte, so liegt es nahe, in dem Ausdruck praedes litis vindiciarum die vindiciae auf das Streitobjekt in der Vindikationsklage, die lis auf das Streitobjekt in jeder anderen Klage zu beziehen,¹¹⁾ so

¹⁾ L. 2 § 24 D. I, 2. Liv. III, 56, 6. 58, 7. Festus l. c. No. 2. Irrtümlich citiert Voigt c. II p. 51 n. 32 Gellius XX, 10, 9 für diesen Gebrauch.

²⁾ Livius III, 47, 5.

³⁾ Arnobius adv. g. IV, 16. Liv. III, 44, 12 etc.

⁴⁾ lex XII tab. 12, 3.

⁵⁾ Cic. rep. III, 32, 44: cum vindicias amisisset ipsa libertas.

⁶⁾ Liv. III, 44, 5.

⁷⁾ Gellius XX, 10, 1.

⁸⁾ Gaius 4, 16; daher die spätere stipulatio pro praede litis vindiciarum Gaius 4, 94, aus der Asconius bekanntlich die lis vindiciarum gemacht hat; cf. Savigny, Vermischte Schriften I, 308 ff.

⁹⁾ So Puchta c. I p. 474.

¹⁰⁾ Voigt c. II, p. 54 n. 44.

¹¹⁾ Zu einer anderen Erklärung würde die Erwägung führen, daß die lis, d. h. der Prozefsanspruch in der dinglichen Sakramentalklage eben das

daß die Wendung also allen im alten Civilprozeß möglichen Fällen von vornherein angepaßt wäre. Daß mit dem Begriff der *vindiciae* dann auch die Nutzungen sich ganz von selbst verbanden, liegt in der Natur der Sache, da das römische Prozeßrecht bekanntlich von Anfang an als feststehenden Grundsatz die Verbindlichkeit zur Entschädigung nicht bloß für das Streitobjekt sondern auch für die *omnis causa* d. h. die Ertragsnutzungen desselben festgehalten hat. Vielleicht hängt damit auch der Gebrauch des Wortes in Pluralform zusammen, der die ältere Singularform mehr und mehr verdrängt hat. Aus all' diesem nun ergibt sich, soweit ich sehen kann, auch nicht der Schatten einer Möglichkeit, den Begriff *vindiciae* resp. *vindicias dare* etc. auf eine etwaige Regulierung des Besitzstandes während der Vorverhandlungen zu beziehen: Abgesehen von dem Schweigen der Quellen erscheint das sprachlich wie sachlich gleich unmöglich. Sprachlich, denn das Streitobjekt heißt erst dann *vindiciae*, wenn es sich im Vindikationsprozeß befindet, also wenn die Formel der Sakramentalklage gesprochen wird. Sachlich, denn eine solche Regulierung während der Vorverhandlungen ist ein juristisches novum. Naturgemäß behält bis zur Entscheidung des Prätor am Ende des Verfahrens in iure der bisherige Inhaber den Besitz; sollten sich die Verhandlungen auf mehrere Tage erstrecken, was allerdings vorkommen kann,¹⁾ so hat der in ius Vocierte dem Ladenden für pünktliches Erscheinen zum Termin und offenbar auch für das Mitbringen der *res litigiosa* das *vadimonium in iure sisti* zu bestellen.²⁾ Schon hieraus ergibt sich, daß von vorläufigen Vindizien nicht die Rede sein kann: hätte der Prätor sie gegeben, so wären, da es sich dann um einen Besitz kraft magistratischer Verfügung gehandelt hätte, nicht *vades* sondern *praedes* zu bestellen gewesen. Endlich falls man wirklich die Erteilung vorläufiger Vindizien — was nach dem

sacramentum ist: in diesem Fall enthielt also die Verbürgung für *lis* und *vindiciae* die für *Sacramentum* und Streitobjekt. Damit stimmt sehr gut überein, daß der technische Ausdruck zu lauten scheint: *praedes litis et vindiciarum*. Freilich die sonstige Darstellung von Gaius liefse sich damit nicht ganz in Übereinstimmung bringen, allein ich möchte das nicht als unübersteigliches Hindernis betrachten: es wäre dann eben ein Mißverständnis bei ihm mehr zu konstatieren.

¹⁾ Wie Schmidt c. p. 84 f. und nach ihm Puntchart c. p. 42, 56 nachweisen.

²⁾ Karlowa c. p. 323.

Obigen nicht zu billigen ist — als eine vorläufige Besitzregulierung in dem Fall bestrittenen Besitzes zugeben wollte, so müßte doch sofort eingewandt werden, daß von einem bestrittenen Besitz in dem Fall der V. nicht gesprochen werden kann: nach der uns vorliegenden Überlieferung bestreitet ja Claudius keineswegs, daß Verginia thatsächlich bis jetzt als *filia familias* des Verginius gelebt hat;¹⁾ er bestreitet nur die rechtliche Grundlage dieses thatsächlichen Verhältnisses!

Es folgt bei Livius die Scene, welche die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens enthält: Claudius setzt sich in den Besitz des Mädchens und begiebt sich mit ihr — vielleicht von den Anwesenden gedrängt — vor Gericht, wo er seine Ansprüche erhebt und kurz begründet:

puellam domi suae natam furtoque inde in domum Verginii translatam suppositam ei esse: id se iudicio comper-
tum adferre *probaturumque vel ipso Verginio iudice ad quem maior pars iniuriae pertineat: interim domnium sequi ancillam aequum esse.*²⁾

Die hervorgehobenen Worte enthalten den etwas übertriebenen Ausdruck von Claudius Siegeszuversicht: er ist seiner Sache so gewiß resp. behauptet es zu sein, daß nach seiner Meinung selbst Verginius, könnte er Richter sein, von der Kraft dieses Beweismaterials überzeugt gegen sich selbst entscheiden müsse. Was macht nun Punschart daraus?³⁾ Er kombiniert diese Stelle mit der vorangegangenen Notiz des Livius: *auctoribus qui aderant ut sequeretur* (sc. Verginia), *ad tribunal Appi perventum est* und entnimmt daraus, die Freunde der Verginia hätten sich als *vindices* angeboten: *auctorem* esse könne nicht raten bedeuten, „weil V. nicht den Rat braucht, daß sie folgen soll, denn es bleibt ihr nichts anderes übrig!“ Mag sein, allein in der Wendung *auctorem* esse kann unmöglich das Versprechen der Verbürgung liegen; außerdem hängt *ut sequeretur* direkt davon ab; die von P. bekämpfte Deutung ist also sprachlich allein möglich. Auch werden dieselben Leute von Livius unmittelbar nachher *advocati* genannt, nicht *vindices*; endlich kann es in einem einzelnen Prozeß keine

¹⁾ In der gleich zu erwähnenden Stelle bei Livius.

²⁾ Liv. III, 44, 8 f.

³⁾ Punschart c. p. 39—41.

Mehrzahl von vindices geben. Indessen kehren wir zu unserer Hauptstelle zurück: P. sieht in ihr den Beweis, daß Claudius die Tauglichkeit der sich anbietenden vindices bestritten habe: „Die Bestreitung ergibt sich daraus, daß er sagt, se probaturum vel ipso Verginio iudice etc. Soll er nämlich vor Verginius als Richter Beweise führen, wie er sich hyperbolisch ausdrückt, so muß dieser früher angekommen sein.“ Niemand wird das bezweifeln, allein kein Verständiger eine solche Beteuerung in dieser Weise ausdrücken. Wer in einer hyperbolischen Wendung spricht, braucht sich nicht alle Konsequenzen derselben klar gemacht zu haben. Allein noch bedenklicher sind die weiteren Ausführungen des Verfassers: „Dadurch, daß er seine Beweise nur vor Verginius führen will, spricht er zugleich aus, daß er nur ihm den Rechtsweg offen hält und somit auch nur ihn als tauglichen vindex anerkennt.“ Das hier gegebene Citat gehört wohl zu dem Weitgehendsten, was auf dem Gebiet der Textverdrehung geleistet werden kann. Abgesehen davon, daß von einer im Ernste gewollten Beweisführung vor Verginius nicht die Rede ist, so hat der Verfasser in ganz unglaublicher Weise das entscheidende Wort an Stelle des im Text stehenden hinzuerfunden: er übersetzt vel mit nur! Claudius will den Beweis sogar vor Verginius führen, nicht, wie P. meint, nur vor Verginius. Das letztere setzt voraus, daß in erster Linie ohne Verginius prozessiert werden kann und muß (natürlich ohne V. als Richter), das zweite, daß nur vor ihm die Klage entschieden werden kann: es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß diese letztere Version nicht bloß quellenwidrig, sondern einfach unsinnig ist. Das wäre doch seltsam, wenn man in einem Civilprozeß gleichzeitig Partei und Richter sein könnte, ja müßte! Und doch muß der Verfasser diese beiden Funktionen für miteinander verträglich halten: denn während Claudius bei Livius sogar Verginius als Richter anerkennen will, läßt Punschart ihn aussprechen, daß er nur Verginius als — vindex anerkennen wolle! Die Brücke für diese unbewusste Escamotage bildet die Übersetzung von Verginio iudice probaturum: den Beweis vor V. führen, natürlich vor V. als Richter: indem P. diese letztere Beschränkung außer acht läßt resp. vergißt und einfach überträgt: den Beweis vor V. führen, was allenfalls auch heißen kann vor V. als Gegenpartei, gelangt er schließlich dazu, aus dem hypothetischen Richter V. den faktischen vindex V. zu machen! Ich übergehe eine Anzahl ähnlicher Proben der juristischen Doktrin

und philologischen Exegese des Verfassers, darunter die bereits von anderer Seite gewürdigte Behauptung¹⁾, daß der Freiheitsvindikant mit der Formel *hunc hominem meum esse aio aufzutreten* hatte! Es erscheint, nachdem die Grundlage der Gesamtkonstruktion geprüft ist, überflüssig, auf die Details derselben einzugehn. Nur einer Phase des Prozesses sei in diesem Zusammenhang gedacht, an welche sich eine Frage von allgemeinerer Bedeutung anknüpft.

Der Tenor von Appius erstem Erkenntnis giebt Virginia in die Hand des Klienten. Der Decemvir gestattet ihm die *ductio*. Der Verfasser sieht hierin den Abschluß der Exekutivklage, indem er die Gestattung des *ducere* als die prätorische Zuweisung (*addictio*) auffaßt. Wenn er dann freilich die Behauptung aufstellt, der Ausdruck *addictio* kommen in unserer Überlieferung bei der Exekutivklage nicht vor, sondern nur *ducere*, so scheint mir der eigentliche Streitpunkt verkannt: nicht um den Gebrauch des Wortes *addictio* in unseren Zwölftafelresten handelt es sich, sondern um die sachliche Frage, ob, falls ein *vindex* nicht auftrat, eine direkte Zuspreehung des Streitobjekts an den Kläger durch den Prätor stattfand, oder ob die Abführung des *litigans* durch den Kläger *ipso iure* und ohne *addictio* geschah. P. beruft sich für seine Auffassung auf den Wortlaut der XII Tafeln:²⁾

in iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit secum ducito etc.

Allein unmittelbar vor der von ihm citierten Gelliusstelle, welche diesen Wortlaut enthält, findet sich der Kommentar dazu, und hier wird ausdrücklich von Addiktion gesprochen³⁾: Zudem muß, wer die Vorschrift der XII Tafeln im Zusammenhang liest, bemerken, daß sie keine Beschreibung des Verfahrens in *iure* enthalten, sondern nur gleichsam referierend die Handlungsweise des Klägers in ihrer Voraussetzung und Wirkung begleiten. Alles Formulare ist weggelesen: es fehlt die *manus Injektionsformel* des Klägers und natürlich dementsprechend die Addiktionsformel des Prätor. Man muß sich das vor Augen halten, um die Tragweite

¹⁾ Eck c. p. 25 n. 88. cf. Ubbelohde c. p. 1481 ff. Prgr. v. Feldkirch p. 17 ff., p. 21 ff.

²⁾ lex XII tab. III, 3.

³⁾ Gellius XX, 1, 44 cf. XX, 1, 51: *nisi dissolverent ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant iudicati addicebantur.*

der Ergänzung der Zwölftafelgesetzgebung zu verstehn, welche in der Veröffentlichung der formulae durch Flavius, den Schreiber des jüngeren Appius, lag¹⁾).

3. Bericht über andere Auffassungen
des Prozesses um Verginia. Programm von Feldkirch.
Ubbelohde. — Jhering. Eck.

Die offenbare Verkehrtheit der Puntschartschen Konstruktionen rief alsbald eine Reihe von Gegenschritten hervor, deren Verfasser sich zwar hauptsächlich die Abfertigung jener Irrtümer angelegen sein ließen, die aber nicht verfehlten, darüber hinaus ihre eigne Auffassung anzudeuten.

Im Interesse der Kürze soll hier nur das Wesentliche, d. h. die Exegese der entscheidenden Stellen bei Livius und Dionysius, in Betracht gezogen werden; denn leider haben Ubbelohde wie der Verfasser des Programms von Feldkirch, die hier in erster Linie zu nennen sind, ihre Aufstellung im wesentlichen auf diese Schriftsteller basiert.

Es handelt sich dabei hauptsächlich um die Erklärung des ersten Dekrets von Appius, der den Rechtsbeiständen der Verginia gegenüber, welche deren vorläufige Freigebung, nach der Tradition die *vindiciae secundum libertatem* verlangen, mit einer motivierten Ablehnung entgegen tritt:

quam libertati faverit, eam ipsam legem declarare, quam Vergini amici postulationi suae praetendant; ceterum ita in ea firmum libertati fore praesidium, si nec causis nec personis variet: in iis enim qui asserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id iuris esse; in ea quae in patris manu sit, neminem esse alium cui dominus posses-

¹⁾ Ein Spiegelbild der XII Tafeln sind hier wie in anderen Dingen die Stadtrechte der latinischen Kolonien. Daher finden wir in dem Stadtrecht von Ossuna (c. 61) auch nur die *ductio* erwähnt. Allein wenn Wach zu Keller p. 429 n. 1024a zur Motivierung bemerkt, die *addictio* wurde in beiden Fällen ausgelassen, weil sie selbstverständlich sei, so ergibt sich aus dem oben Gesagten, daß ich mich dieser Motivierung nicht anzuschließen vermag. — Etwas ganz anderes ist es, wenn man in unserem Bericht bei Livius die Weglassung der *addictio* dadurch erklärt, daß der Autor in der ganzen Darstellung immer nur die sachlichen Momente, nie die juristischen Formalien hervorhebt: gegen diese Erklärung würde m. E. ein begründeter Einwand nicht zu erheben sein.

sione cedat: placere itaque patrem arcessiri, interea iuris sui iacturam assertorem non facere, quin ducat puellam sistendamque in adventum eius qui pater dicatur promittat.

Seit Hotomann, welchem Drakenborch gefolgt ist, bewegen sich die Herausgeber des Livius hier in einer und derselben Richtung, welche ausführlich Schmidt¹⁾ und der Verfasser des Programms von Feldkirch²⁾ vertreten. Ich gebe sie mit den Worten des letzteren wieder: „Also würde Appius die advocati als unberechtigte vindices zurückweisen und dem Claudius die Jungfrau bis zur Ankunft des Vaters überlassen, weil im vorliegenden Fall das angerufene Gesetz“ (nämlich das im Freiheitsprozeß vindicae secundum libertatem zu geben seien) „gar nicht zur Anwendung kommen könne, da Verginia als noch in der väterlichen Gewalt stehend gar nicht für die Freiheit beansprucht werden dürfte und somit kein Freiheitsprozeß stattfinden könne; oder wie Schmidt richtig bemerkt, nach Appius verwandelt sich der Streit um die Freiheit in einen Konflikt zweier Gewalten, der patria potestas nämlich mit der dominica.“

Allein diese Auffassung ist rechtlich und logisch unmöglich. Nie hängt die Qualität eines Prozesses als Freiheitsprozeß an der angeblichen Abwesenheit von Gewaltrechten bei der strittigen Person; sie hängt vielmehr einzig und allein an dem Gegensatz von Sklaverei und Nichtsklaverei. Zu keiner Zeit waren im römischen Recht die Freiheit und die Qualität als *filius familias* sich ausschließende Gegensätze, man müßte dann meinen, daß der Haussohn *servi loco* gewesen sei. Indessen auch wenn der vorliegende Prozeß ein Eigentumsprozeß gewesen wäre, so hätte er ohne die Anwesenheit des Eigentümers erst recht nicht beginnen können: das zeigt schon eine rein äußerliche Betrachtung des Prozeßrituals, das mit der in *ius vocatio* des zu Verklagenden beginnt, also hier mit der des Verginius beginnen muß. Erst Sache des in *ius Vocierten* ist es, den Streitgegenstand, der ihm vom Kläger bezeichnet werden muß, zur Gerichtsstelle beizubringen: es ist keineswegs sicher, daß er schon im ersten Termin dazu verpflichtet ist³⁾.

¹⁾ Schmidt in Z. f. g. R. XIV p. 77 ff.

²⁾ Progr. v. Feldkirch 1861/62 p. 22.

³⁾ In mehrfacher Hinsicht irrtümlich sind die Bemerkungen, welche Weissenborn zu der fraglichen Liviusstelle macht; zu c. 45, 2: nach Appius Ansicht könne in einem Fall wie dem vorliegenden nur der Gewalt-

So ist es denn auf dieser Basis den Erklärern nicht gelungen, ihre Auffassung an den entscheidenden Punkten der antiken Tradition zu bewähren. Bekanntlich ändert sich bei Livius die Scene durch Hinzutreten von Verginias Oheim und Verlobten; Appius verschiebt den ganzen Rechtshandel auf den nächsten Tag, zu welchem der Vater erwartet wird. In dem Programm wird darüber bemerkt: „Zur leichteren Erklärung dieser Stelle dürfen wir zunächst nicht aus den Augen verlieren, daß durch das Auftreten der Verwandten und durch ihre Forderung, als *vindices* anerkannt zu werden, der Prozeß in ein neues Stadium eingetreten ist. Da das erste Dekret keine *vindiciae* erteilte, sondern nur vorläufig den rechtlichen Besitz des Claudius anerkannte, schloß es natürlich eine folgende *vindicatio* nicht aus; durch die Forderung der *vindiciae* seitens der Verwandten erlosch daher seine rechtliche Kraft, und Verginia wird wieder gleichsam eine *res nullius*, deren vorläufiger Besitz der Bestimmung des Magistrats anheimfällt.“ Allein daß die Verwandten jetzt die *Vindizien* verlangt haben, sagt weder Livius noch folgt es aus den jedenfalls unklaren Worten, mit denen dieser Schriftsteller die Scene schließt: *ita vindicatur Verginia spondentibus propinquis*¹⁾. Vielmehr muß mit Notwendigkeit dieser Darstellung das Dilemma entgegengehalten werden: Entweder darf in einem solchen Fall jeder *contravindicieren*, und dann dürfen es die Freunde der V. so gut wie ihre Verwandten; oder es kann nur der Gewaltinhaber, also hier der Vater, den Prozeß übernehmen, dann sind Oheim und Verlobter ebenso ausgeschlossen, wie die Freunde; also die Intervention der ersteren hat die Situation in keiner Weise geändert.

herr *vindex* sein, „nur dieser könne sein Recht geltend machen durch die in dem Vindikationsprozeß notwendige Formel *hunc hominem meum esse aio*, da diese, von einem Anderen gesprochen, die *patria potestas* aufhebe, ihr den Vindizierten entziehe.“ Hierin liegt der doppelte Irrtum, daß Verginius die Formel *hanc ego hominem meum esse aio* gesagt habe, und derselbe Irrtum kehrt in betreff des Freiheitsvindikanten wieder: vielmehr hat Verginius zu sagen *hanc ego Verginiam filiam meam et in mea potestate esse aio* (wer Jemanden als *homo meus* bezeichnet, nennt ihn damit unweigerlich seinen Sklaven), und der *assertor in libertatem* kann in diesem Fall, wie oben ausgeführt, nur sagen: *hanc ego V. filiam L. Verginii et in potestate eius esse aio*. Er würde aber auch, falls es sich um einen Gewaltfreien handelte, nicht die von W. vorausgesetzte Formel brauchen, vielmehr einzig zu sagen haben, *hanc ego V. liberam esse aio*. Damit erledigt sich denn auch die von dem Verfasser versuchte Erläuterung von Appius Dekret.

¹⁾ Ueber die Bedeutung dieser Worte später.

Wir kommen zu der Auffassung der Schlufskatastrophe bei dem Verfasser: Sie gipfelt bei Livius bekanntlich in der Erteilung der Vindizien secundum servitum. Von der Thatsache ausgehend, daß die Quelle von Diodor und Dionysius eine andere Form der Katastrophe berichtete, als wir bei Livius lesen, fährt dieser Schriftsteller fort ¹⁾:

„Steht aber dieses fest, so erklären sich die Worte des Livius leicht. Wie das Volk über das frühere Dekret murrte und dessen Ungerechtigkeit fühlte, ohne dessen formelle Gesetzmäßigkeit leugnen zu können, so ist es auch einleuchtend, daß manche der Annalisten, welche jenen Prozeß berichteten, nicht so fast an die Worte des Dekrets sich hielten, als vielmehr dessen Sinn referierten und, wenn auch dem Claudius den Worten nach als Eigentümer die vindiciae zuerkannt waren, dennoch hervorhoben, daß dadurch der Sache nach, wie Cicero sich ausdrückt, die Freiheit, nicht aber der Vater als Gegenvindikant, die vindiciae verloren hatte. Einer dieser Quellen mag Livius gefolgt sein, welcher demgemäß von der Erteilung der vindiciae secundum servitum spricht, obgleich sie wohl bloß secundum dominum erteilt waren.“ Die Unmöglichkeit dieser Auffassung ist schon oben dargelegt worden. Vindiciae secundum dominum ist ein erst vom Verf. geschaffener Begriff: römisch-rechtlich kommen in der Freiheitsklage nur vindiciae secundum libertatem und secundum servitum in Betracht: die letzteren sind, was der Verf. v. s. dominum nennt.

Wie sollte auch dieser Unterschied sich je praktisch geltend machen? Der Prätor sagte natürlich bei der Vindizienerteilung nicht etwa: vindicias secundum libertatem do, sondern: vindicias secundum te A. Ageri resp. secundum te N. Negidi do: Bedeutung und Inhalt dieser Regulierung bestimmte sich nach den formularen Prozeßbehauptungen der Parteien, die beim Beginn des Verfahrens ausgesprochen wurden.

Was aber die Hauptsache ist: mit alledem ist die angebliche Gesetzmäßigkeit des Dekrets nicht im entferntesten erklärt: wir erfahren aus der zitierten Deduktion eben nur, daß nach der Tradition speziell bei Livius Appius die Vindizien seinem Klienten erteilt hat: wie er zu dieser Handlungsweise juristisch gekommen ist, bleibt nach wie vor rätselhaft, und durch das Wortspiel, vindiciae secundum

¹⁾ Prgr. c. p. 31.

dominum an Stelle der v. s. servitutum zu sagen, kommt man der Lösung keinen Schritt näher. Der Verf. freilich ist der Ansicht, sie auf diesem Wege finden zu können¹⁾: „Will man von der Verletzung der Form absehen, so ließe sich wohl von diesem Standpunkte aus das Dekret am leichtesten als formell gesetzmäßig nachweisen. Der Magistrat konnte beim Vindikationsprozefs derjenigen Partei die vindiciae zuerkennen, welche seiner Ansicht nach den gerechtesten Anspruch hatte und durfte sein Privatwissen dabei ohne Zweifel entscheiden lassen.“ Allein sehen wir davon ab, daß nach dem, was oben ausgeführt wurde, das Gesetz über die Vindizien nothwendig in dem vorliegenden Fall als in einer Freiheitsklage zur Anwendung kommen muß, so stehen dieser Auffassung noch andere Bedenken von nicht geringer Tragweite entgegen. Wäre jenes die ratio in der Verfügung des Beamten, so stünde nichts dem entgegen, daß das Dekret schon am Tage vorher erlassen wurde: dann war das Bestreben, Verginius fernzuhalten, völlig verkehrt, auf welches in dem Livianischen Bericht von Anfang an ein so großer Wert gelegt wird (quod pater puellae abesset locum iniuriae esse ratus).²⁾

Was unser Problem selbst, die Erklärung von Appius Vindizienerteilung bei Livius angeht, so wird es gut sein, zu unterscheiden, ob es sich um ein juristisches Sophisma handelt, mit dem Livius oder seine Quelle die Katastrophe zu motivieren suchte, oder ob eine

¹⁾ c. p. 31 Anm. 4.

²⁾ Von dieser Auffassung hängt im wesentlichen auch der Weissbornsche Kommentar ab, der deshalb noch kurz hier erwähnt werden mag: „Wie dieser Bescheid habe gegeben werden können, ist bei Livius nicht klar; denn einmal wird bei demselben vorausgesetzt, daß das Vindikationsverfahren vor dem Magistrat (in iure) begonnen habe, da erst dann die Anordnung über den einstweiligen Besitz getroffen werden konnte, während dies nach § 4: priusquam-locus nicht geschehen ist; sodann widerspricht derselbe (der Bescheid) der Erklärung des Appius, daß eine causa liberalis nicht vorliege, in der allein v. s. servitutum gegeben werden konnten.“ Diese letztere Behauptung widerspricht dem, was der Verf. zu Liv. III, 44. 5 im Anschluß an die herrschende Theorie bemerkt, daß im Freiheitsprozefs die vindiciae secundum libertatem zu erteilen waren: offenbar sollte gesagt werden an unserer Stelle: „Appius' Erklärung, daß eine causa liberalis nicht vorliege, in der allein die Erteilung von Vindizien überhaupt in Frage kommen konnte.“ W. zu L. III, 47, 5. Allein wie bemerkt, es ist dies ein Irrtum von W., der wohl durch Puntschart und den Verfasser des Programms von Feldkirch veranlaßt wurde.

juristisch haltbare Deduktion gefunden werden soll, von der sich annehmen läßt, daß sie in einem solchen oder ähnlichen Fall zur Geltung gebracht wurde. Das erstere ist die ausgesprochene Absicht von Prof. Eck, und man muß sagen, daß, wenn der Livianische Bericht irgend einen Scheinsinn gehabt haben soll, er in der dort vorgezeichneten Richtung wird gesucht werden müssen:

„Der Dezemvir scheint . . . geltend gemacht zu haben, daß nach dem Sinne des Gesetzes der assessor in libertatem die vorläufige Freierklärung des Menschen nur dann verlangen könne, wenn er auch dessen Unabhängigkeit behaupte, da nur unter dieser Voraussetzung zur vindictio in libertatem jeder gleich berechtigt sei (quia quivis lege agere possit); daß dagegen in dem Falle, wo der Freiheitsvindikant selber die patria potestas eines Dritten über die Person anerkenne, der dominus keinem andern als eben diesem Dritten zu weichen brauche (neminem esse alium cui dominus possessione cedat), weil ja sonst die vorläufige Losprechung den Menschen in einen Zustand versetzen würde, der ihm nach niemandes Behauptung zukomme, nämlich in den eines völlig Gewaltfreien.“¹⁾

Etwas anderes aber ist es, wenn wir nun die objektive Bedeutung der von dem Dezemvir vorgetragenen Sätze in dieser Auslegung betrachten. Appius weist die Verwandten als zur Prozeßübernahme nicht legitimiert zurück, weil Verginia nicht gewaltfrei ist, die Stellvertretung im Freiheitsprozeß aber gesetzlich nur bei Gewaltfreien gestattet ist²⁾. Der Beamte hat dabei den bekannten, in den Institutionen überlieferten Rechtssatz im Auge, nach welchem Stellvertretung im Legisaktionsverfahren gestattet ist nur in drei Fällen: pro populo, pro libertate, pro tutela.³⁾ In der That ist, was den mittleren Fall angeht, die Durchbrechung des sonstigen Stellvertretungsverbots absolut notwendig: denn da der Gewaltfreie, der in diesen Prozeß verwickelt wird, sich bekanntlich nicht selbst verteidigen darf, so wäre, falls dieses Prinzip nicht existierte, jeder gewaltfreie Römer absolut rechtlos gewesen. Ganz anders aber liegt der Fall bei dem Gewaltunter-

¹⁾ Eck. Doppelseitige Klagen p. 25 n. 88. Ähnlich Jhering, Geist III, p. 93 n. 119.

²⁾ Liv. III. 45 in iis qui in libertatem asserantur, quia quivis lege agere possit, id iuris esse.

³⁾ L. un. Pr. J. IV. 10: cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro tutela, pro libertate pro populo.

worfenen, dem *homo alieni iuris*. Hier würde, wer als Prozeßgegner auftreten wollte, nicht im Namen (*nomine*) des Umstrittenen, sondern des Gewaltherrn lege agieren, also diesen vertreten, wozu jede gesetzliche Vollmacht fehlt. Wer als *vindex* der *Verginia* erschiene, wäre Stellvertreter des *Verginius* gewesen, dessen Freiheit keineswegs auf dem Spiele stand, also konnte er sich auch nicht mit der *Legitimation* decken, es sei erlaubt *alterius nomine pro libertate* (natürlich *eiusdem alterius*) zu handeln. Vielmehr hätte er *nomine Vergini per libertate Verginia* gehandelt. Man erkennt das deutlich, wenn man sich die *legis actio* ausgeführt denkt: welche Formel soll der *vindex* sprechen? Natürlich nicht, *hanc ego Verginiam liberam esse aio*; dann würde er ihre Gewaltfreiheit behaupten, was nicht seine Absicht ist; also er müsste sagen, *hanc ego filiam familias L. Verginii et in eius potestate esse*. Aber dann tritt auch mit voller Deutlichkeit hervor, daß er Stellvertreter des *Verginius* wäre und zwar in einem gesetzlich nicht legitimierten Fall, denn *V.* würde nicht um seine Freiheit, sondern um die Existenz eines Gewaltrechts an einer Untergebenen streiten.¹⁾

Somit ist *Appius Interpretation* des Stellvertretungsgesetzes zutreffend: der Vater ist der allein berechtigte *Contravindikant*, und jedes Anerbieten der Stellvertretung abzuweisen. Allein völlig verfehlt und juristisch unfafsbar ist die hieraus gezogene Schlussfolgerung, daß nun *Verginia* bis auf weiteres ausgeliefert werden soll. Vielmehr kann selbstverständlich der Prozeß dann noch nicht

¹⁾ Irrtümlich faßt *Weissenborn* (zu III. 45, 2) die Worte *quia quivis lege agere possit* auf: „es könne jeder Bürger den ihm auf Grund des Gesetzes zustehenden Rechtsanspruch in den vorgeschriebenen Formen und Worten vor dem Magistrat geltend machen, im vorliegenden Fall als *vindex* auftreten.“ Daß jeder einen gesetzlichen Anspruch gesetzlich verfolgen darf, versteht sich von selbst und braucht von *Appius* nicht erst gesagt zu werden, würde außerdem auch gar nicht hierher passen, da der Freiheitsvindikant hier natürlich keinen „Rechtsanspruch“ hat. Gemeint ist, es könne jedermann für die bestrittene Freiheit der Gewaltfreien eintreten, also eben dieser Satz über sog. Stellvertretung im *Legisaktionsprozeß*.

Ebenso irrtümlich ist dann die Interpretation dieses Satzes bei *Weissenborn* zu 45, 4: „Nach *Instit.* 4, 10 *cum olim in usu fuisset*, wäre es selbst gestattet gewesen, daß ein Stellvertreter den Prozeß führte.“ In dem „selbst“ scheint zu liegen, daß nach der Meinung des Verf. die *advocati* in Wirklichkeit etwas anderes, Geringeres verlangt haben. Dies ist ein Irrtum, wie ebenso die Meinung, daß die von den *advocati* gewollte Stellvertretung des *Verginius* durch die citierte Institutionenstelle gedeckt werden könne.

angenommen, muß vielmehr bis zu Verginius Ankunft vertagt werden, und dies umsomehr, als dessen Abwesenheit nicht nur nicht culpos, sondern sogar durch Erfüllung seiner staatsbürgerlichen Pflicht motiviert ist: es ist *absentia pro re publica*. Hiermit stimmt sachlich sehr gut zusammen, was in dem Excursus ausgeführt ist, daß der Prozeß um einen Gewaltunterworfenen nicht wie der um den Gewaltfreien mit der Handanlegung an ihn, sondern wie jede Vindikation mit der in *ius vocatio* des Gewalthabers begann. Also auch hieraus ergibt sich die Unmöglichkeit eines Verfahrens in Abwesenheit des Vaters und damit die entscheidende Thatsache, daß alle antiken Prozeßberichte und Erklärungen, welche mit der Abwesenheit des Verginius operieren, unjuristisch und spät sind, d. h. aus einer Zeit stammen, wo man die juristische Möglichkeit einer solchen Katastrophe nicht mehr begriff.

Zu dieser Negative die notwendige Positive hinzuzufügen, wird in dem folgenden Abschnitt versucht werden.

Hier soll zunächst noch auf die völlig abweichende Methode eingegangen werden, mit der Ubbelohde die Rechtmäßigkeit von Appius Verfügung zu vertreten gesucht hat.¹⁾ Der Verfasser geht von den Rechtsmitteln aus, welche die Kontumazialordnung der späteren Zeit zur Sicherung der Prozeßparteien im Fall der Abwesenheit des Beklagten geschaffen hat. Es sind dies bekanntlich die *missio rei servandae causa sine effectu venditionis* und *missio in bona rei servandae causa*, wozu erst spät die *missio rei singularis* hinzutrat.²⁾ Die erstgenannten Rechtsmittel hätten Claudius nichts genützt, da sie bloß eine *custodia* des Berechtigten involvierten, und auch sie nur, insoweit es die Sicherung seines Rechtsanspruchs verlangte, während auch Stellvertreter der Gegenpartei sich der Sache annahmen. Nun meint U. daß, da die Kontumazialordnung ihre rechtliche Fixierung erst im Jahre 67 durch die *lex Cornelia* im *edictum perpetuum* erhalten habe, vorher das ganze Gebiet der freien Willkür des prozeßleitenden Beamten preisgegeben war, und auf diesem Rechtsboden hätte dann Appius eine Maßregel getroffen, die deshalb nicht gesetzwidrig sein konnte, weil es kein Gesetz über sie gab: er habe eine *missio rei servandae causa* gegeben, die über den Effekt der *custodia* hinaus zur vollen Detention führte. „Indem Appius die Anwend-

¹⁾ Ubbelohde c. p. 1495 ff.

²⁾ Hartmann, Das römische Kontumazialverfahren p. 14, p. 20.

barkeit dieser positiven Spezialbeschränkung der magistratischen Machtvollkommenheit wegdeduziert (*vindiciae secundum libertatem*), hat er sich für seine interimistische Anordnung den Boden jener Machtvollkommenheit zurückgewonnen. Es steht rechtlich ganz in seinem Ermessen, wie er diese Anordnung treffen will: ein Gesetz oder ein wahres Gewohnheitsrecht bindet ihn nicht: über die bloß thatsächliche Regel setzt er sich hinweg. . . . Formell daher ganz berechtigt, trifft er eine interimistische Anordnung, welche von der Regel abweicht.“ Allein diese Auffassung fällt, wenn ich nicht irre, durch ihre eigenen Widersprüche. Wie soll das Vindiziengesetz eine positive Spezialbeschränkung der sonst freien magistratischen Verfügung über das Streitobjekt in Abwesenheit des bisherigen Besitzers enthalten? Das erstere setzt ja notwendig die Beendigung des Verfahrens in iure d. h. die Anwesenheit beider Parteien voraus, während die *missio in bona* gerade für den Fall der Abwesenheit der einen Partei berechnet ist. Angenommen aber, das Vindiziengesetz hätte wirklich auf dieses ihm völlig incommensurable Gebiet eingewirkt, mit welchen Gründen hätte Appius das wegdeduzieren können? Dies zu erklären hat U. nicht versucht. Und kann man das Verhalten eines Beamten, der eine vorhandene gesetzliche Bestimmung wegdeduziert, noch „formell gesetzmäßig“ nennen? Auch wird unsere Überlieferung, wie sie nun einmal vorliegt, dadurch gar nicht erklärt: es werden *vindiciae secundum libertatem* verlangt, und Appius erteilt sie an dem entscheidenden Tage in Gegenwart des Vaters *secundum servitum*. Wie soll das mit den Normen der Kontumazialordnung erklärt werden können? Aber selbst dieses Fundament ist nichts weniger als sicher. Die Kontumazialordnung für den Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit der in *ius vocatio* ist durchaus prätorischen Ursprungs: zivilrechtlich ist nur die beschleunigte *usucapio pro herede* bei dem erbenlos gestorbenen Schuldner und bei dem *qui exsilii causa solum verterit*, also in den Fällen, wo eine dauernde Unmöglichkeit der in *ius vocalio* vorliegt¹⁾. Dies ergibt sich sowohl aus dem Schweigen der Quellen wie aus inneren Gründen: ein Rechtssystem, das die Vertretung im Civilprozeß prinzipiell ausschloß, konnte nicht gut ein Kontumazialverfahren schaffen, das selbst in der zweiten Epoche

¹⁾ Bethmann-Hollweg, Civilprozeß II, p. 112 f. A. M. Voigt c. I, p. 534.

der schrankenlosen Freiheit der Prozeßvertretung eine vorsichtige Handhabung erforderte, das aber in der ersten Epoche notwendig eine erdrückende Härte enthalten hätte.

Auch in den philologischen Details trifft diese bis jetzt aus iuristischen Gründen bekämpfte Ansicht auf schwerwiegende Bedenken. Ubbelohde ist der Meinung¹⁾, daß Appius Definitivsentenz bei Dionysius²⁾, *κύριον εἶναι τὸν Κλαύδιον τῆς παιδείας*, auch sprachlich nur auf Detention, nicht auf den juristischen Besitz des Eigentümers gehen könne. Allein die Motivierung dieser Beziehung von *κύριον* auf interimistische Detention wird schwerlich Billigung finden; der Verfasser entnimmt jene Bedeutung nämlich aus einer früheren Stelle desselben Autors³⁾, wo die Verwandten der Verginia ihren vorläufigen Besitz mit der Motivierung verlangen, es sei römisch und allgemein-rechtlich, daß bei der *vindicatio in servitutum* der *assertor* in *libertatem* in Bezug auf das Streitobjekt *κύριον εἶναι μέχρι δίκης*. Allein schon an und für sich würde die Bedeutung des Wortes *κύριον εἶναι* an einer Stelle nichts für die an einer anderen Stelle beweisen: das Wort ist im Griechischen allgemein und neutral und wird in seiner genaueren Bedeutung eben durch den Zusammenhang bestimmt. Nun sagt an der ersten Stelle Numitorius, wo er die Vindizien verlangt, ausdrücklich, *κύριον εἶναι μέχρι δίκης*, während Appius diesen Zusatz in seinem Dekret unterläßt. Der Auffassung U.'s steht noch der Umstand entgegen, daß Appius für seine Regulierung Gründe beibringt, die aus der materiellen Rechtsfrage entnommen sind: es braucht kaum gesagt zu werden, daß dieses bei einer Kontumazialverfügung unmöglich ist.

4. Der Vindizienparagraph der XII Tafeln.

Die entscheidende Schwierigkeit unserer Prozeßberichte, welche noch aller, auch der scharfsinnigsten Exegese bis jetzt gespottet hat, liegt in dem Umstande, daß wir die Katastrophe durch die Erteilung von Vindizien *secundum servitutum* motiviert finden, während die bisherige juristische Theorie die Gesetzmäßigkeit dieser Vindizienerteilung von vornherein negierte. Als *πρῶτον*

¹⁾ Ubbelohde c. p. 1499 f.

²⁾ Dionys. XI, 36.

³⁾ Dionys. XI, 30.

ψεῖδος beherrscht die meisten Untersuchungen der Gedanke: es kann nicht zur Vindikation gekommen sein, sonst wären Vindizien secundum servitum nicht möglich gewesen. Wer aber unsere Tradition, welche diese Vindizien erteilen läßt, zunächst verstehn will, ehe er sie zu korrigieren versucht, der wird den umgekehrten Weg einschlagen müssen: er wird, da diese Vindizienregulierung alt und gut, nämlich sogar in den Digesten und bei Cicero überliefert ist, zu untersuchen haben, ob sie in der That gesetzlich verboten war. Thut man dies, so bemerkt man leicht, daß jene Theorie sich in dem ärgsten circulus vitiosus bewegt, der gedacht werden kann. Unsere Quellenbelege über die Vindizien im Freiheitsprozeß stammen sämtlich und zwar direkt aus den Berichten über den Prozeß um Verginia. Aus diesen Prozeßberichten hat man erst das Dogma: im Freiheitsprozeß giebt es nur vindiciae secundum libertatem, erschlossen und hat gleichzeitig dann umgekehrt dieses Dogma wieder zur Erklärung desselben Prozesses benutzen wollen.

Sieht man aber genau zu, so enthalten die Prozeßberichte, und zwar alle ohne Ausnahme, die guten deutlich und direkt, die späteren mehr verhüllt, zwar eine Bestimmung über die Vindizien im Freiheitsprozeß, allein eine solche, welche von der herrschenden Theorie erheblich abweicht. Nämlich den Satz, daß nach dem Recht der XII Tafeln bei *vindicatio in servitute* die Vindizien *secundum libertatem* zu geben sind. Der Freiheitsprozeß ist bekanntlich eine *vindicatio in servitute*, sobald die streitige Person bisher sine dolo malo frei war, im anderen Fall eine *vindicatio in libertatem*. Herrschte unter den Parteien hierüber keine Übereinstimmung, so wurde, wie schon oben dargestellt, dieser Streitpunkt im Wege eines eignen Praejudizialverfahrens, über die Frage, *utrum e servitute in libertatem an e libertate in servitute petatur*, entschieden. Wir dürfen annehmen, daß in der weniger komplizierten prozessualen Technik der älteren Epoche die einfache prätorische Kognition jenes Feststellungsverfahren ebenso wie die damals noch fehlenden possessorischen Interdikte ersetzte. Die Grundsätze, nach denen die Frage entschieden wurde, werden zweifellos die der späteren Interdiktenklage gewesen sein, d. h. der Besitzer wurde als solcher bis zur Erledigung der Rechtsfrage anerkannt, sobald sein Besitz nicht doloser Natur war; war er aber das letztere nach der Auffassung des erkennenden Beamten, so geschah Translation der Partei- und Beweisrollen. Die ent-

scheidende Frage war also, ob der litigans im Moment der Klaganstellung sine dolo malo die possessio libertatis hatte¹⁾.

Es gilt nun, die hier ausgesprochene Ansicht hinsichtlich der Vindizienregulierung aus unseren Quellen zu erweisen. Die herrschende Theorie, welche in Übereinstimmung mit Gaius die prinzipielle Freiheit des Beamten bei der Vindizienerteilung mit Recht betont, statuiert davon zwei Ausnahmen.

a) In einem Prozeß zwischen einem Bürger und dem populus sollen die Vindizien zu Gunsten des Staats, secundum populum erteilt werden.²⁾ Diese Annahme stützt sich auf ein abgerissenes Citat bei Festus aus Cato³⁾:

Cato in ea quam scribit L. Furio de aqua Praetores secundum populum vindicias dicunt.

Man ersieht leicht, daß aus einer so abgerissenen Notiz nichts zu entnehmen ist. Es kann in lebhafter Rede ein einzelner Fall berichtet, es können von Cato vorher bestimmte Personen genannt

¹⁾ So Ulpian L. 7 § 5 D. 40, 12. Si quis ex servitute in libertatem proclamat petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutum petatur is partes actoris sustinet qui servum suum dicit. igitur cum de hoc incertum sit, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum qui de libertate cogniturus est disceptatur, utrum ex libertate in servitutum aut contra agatur. et si forte apparuerit, eum qui de libertate sua litigat in libertate sine dolo malo fuisse, is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit servum suum probare; quod si pronuntiatum fuerit, eo tempore quo lis praeparabatur in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat debet se liberum probare. Der Begriff des in libertate esse unterlag mannigfachen Schwierigkeiten: wir finden die daraus entstandenen Kontroversen in demselben Pandektentitel erörtert (L. 10 D. 40, 12): Quod autem diximus in libertate fuisse, sic est accipiendum non ut se liberum doceat is qui liberale iudicium patitur sed in possessione libertatis sine dolo malo fuisse. Es folgt dann ein Bericht über Schulstreitigkeiten, und in demselben Kapitel des Ediktskommentars fährt Ulpian fort: Igitur sciendum est, et liberum posse dolo malo in libertate esse et servum posse sine dolo malo in libertate esse. Infans subreptus bona fide in servitute fuit, cum liber esset; deinde cum de statu ignarus esset, recessit et clam in libertate morari coepit: hic non sine dolo malo in libertate moratur. L. 12 Pr. § 1 D. 40, 12. Et generaliter dicendum est, quotiens quis iustis rationibus ductus vel non iustis sine calliditate tamen putavit se liberum et in libertate moratus est, dicendum est hunc in ea causa esse ut sine dolo malo in libertate fuerit atque ideo possessoris commodo fruatur. L. 12 § 3 D. 40, 12 cf. Bekker, Recht des Besitzes p. 58 ff.

²⁾ z. B. Puchta, Instit. I p. 474. Karlowa, Civilproceß p. 87.

³⁾ Festus sub vindiciae p. 276 M.

worden sein, die diese Praxis, wenn es denn einmal eine Praxis gewesen sein soll, befolgten etc. etc.: eine allgemeine Rechtsregel wird man daraus nicht entnehmen können. Gegen die Annahme einer derartigen Übung würde, falls sie nur besser bezeugt wäre, nichts einzuwenden sein, sie entspräche an sich der Idee der Vindizienregulierung sehr gut, denn welcher Besitzer könnte bessere Garantie für sorgsame Verwaltung und eventuelle Restitution bieten als der Staat?

b) Die zweite Ausnahme findet sich der herrschenden Meinung nach in der alten und durch die XII Tafeln fixierten Rechtsvorschrift, daß im Freiheitsprozeß stets die *vindiciae secundum libertatem* zu geben seien¹⁾. Diese Theorie basiert auf den schon behandelten Berichten über den Prozeß um Verginia. Was ihr am meisten Eingang verschaffte und bewirkt hat, daß bisher fast niemand an ihr zu zweifeln sich veranlaßt sah, das war wohl in erster Linie der Umstand, daß dieses für das Legisaktionsverfahren der XII Tafeln vorausgesetzte Verhältnis sich zur Zeit der klassischen Juristen in der That vorfindet. Hier eine Kontinuität der rechtsgeschichtlichen Entwicklung anzunehmen, lag nahe, und um so näher, als die ganze Erscheinung sich als ein Ausfluß des *favor libertatis* darstellte, der sich allerdings im römischen Recht von Anfang bis zu Ende als höchst wirksam erwiesen hat. Den naheliegenden Irrtum würde man vermieden haben, wenn man die jenes Prinzip enthaltenden Digestenstellen sorgfältiger erwogen hätte. Man würde alsdann bemerkt haben, daß sie keineswegs eine althergebrachte Regel, sondern ein Prinzip aufstellen, das ihnen selbst noch z. Th. neu und das sehr weit davon entfernt war, bereits vollständig und in allen seinen Konsequenzen anerkannt zu sein. Es ergibt sich das ohne weiteres, sobald man die in Frage kommenden Digestenstellen ihrer historisch-chronologischen Ordnung nach zusammenstellt und betrachtet.

a. Gaius zeigt im Ediktskommentar — vom Verginiaprozeß abgesehen — den ältesten Standpunkt der Lehre, und was finden wir bei ihm?

¹⁾ Bethmann-Hollweg c. I, p. 145. Wach zu Keller c. p. 75 n. 217 a. Puchta c. I, p. 474 etc. etc. — Zitelmann c. p. 86. Vorsichtiger die Sammlungen der XII Tafeln: VI, 6 Sch. p. 135. VI, 6 Br. p. 24. Dagegen nicht I, 7 bei Voigt c. I p. 696, wo ein m. E. auch sonst verfehelter Versuch zur Herstellung des Wortlauts gemacht ist.

„Licet vulgo dicatur, post ordinatum liberale iudicium hominem, cuius de statu controversia est, liberi loco esse, tamen, si servus sit, certum est, nihilo minus eum, quod ei tradatur vel stipuletur, perinde domino acquirere, atque si non de libertate eius quaerebatur¹⁾.“

Hier finden wir freilich den Satz, welchen die herrschende Meinung aufstellt; aber wir finden ihn nicht bloß eingeschränkt in seinen Konsequenzen, sondern auch eingeführt durch die Worte: „licet vulgo dicatur!“ Glaubt wirklich jemand, ein durch die XII Tafeln sanktioniertes Prinzip könne von einem Juristen mit den Worten vulgo dicitur eingeführt werden? Wer den Styl der römischen Gesetzgeber kennt, wird nicht im Zweifel sein, daß ein Satz, der von Gaius mit diesen Worten eingeleitet wird, nicht in den XII Tafeln gestanden haben kann: und wenn ihr auch nichts weiter entgegenstände, an diesen beiden Worten würde die herrschende Theorie notwendig und für immer zusammenbrechen.

b. Indessen sehen wir, was aus unserem Prinzip 100 Jahre später bei Paulus und Ulpian geworden ist. Der erstere bemerkt: *Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat, ita ut adversus eum quoque, qui se dominum esse dicit, actiones ei non denegentur, quascunque intendere velit²⁾.*

Genau genommen besagt unsere Stelle nicht mehr, als dass dem litigans in einer bestimmten Beziehung die Quasilibertät als Voraussetzung der juristischen Handlungsfähigkeit verliehen wird.³⁾ Das klingt für unsere Theorie nicht sehr ermutigend, denn wenn dem litigans von altersher stets die *possessio libertatis* verliehen wurde, weshalb diese Auseinandersetzung? Sollte sich in den sieben Jahrhunderten nach Erlaß der zwölf Tafeln keine feste Tradition darüber gebildet haben? Indessen derselbe Schriftsteller spricht sich über diesen Gegenstand noch skeptischer aus:

Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat . . . et iudicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat. sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur: alioquin, si ex possessione

¹⁾ L. 25 § 2 D. 40, 12.

²⁾ L. 24 Pr. D. 40, 12.

³⁾ Auch das „*liberi loco*“ bei Gaius deutet in erster Linie nicht auf die physische Freilassung, sondern auf theilweise rechtliche Gleichstellung mit dem Freien hin; das letztere beruht freilich auf dem ersteren.

*servitutis in libertatem reclamaverit et liberale iudicium imploraverit, nihilo minus in possessione mea est et animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus*¹⁾).

Man sieht, wie sehr hier Paulus mit dem Problem, welches in der Definition der *possessio libertatis* liegt, noch zu ringen hatte, wenn auch aus der Gegenüberstellung von *animo* und *corpore* *possessio* mit Recht geschlossen werden darf, daß er die physische Freilassung des *litigans* bereits als unabänderlich hinnahm. Aber daß die Theorie noch zu keinem festen Abschluß gelangt war, zeigt die nicht unwesentlich verschiedene Auslassung desselben Juristen:

*Si servus, quem possidebam, fugerit, si pro libero se gerat, videbitur a domino possideri: sed hoc tunc intelligendum est, cum, si adprehensus fuerit, non sit paratus pro libertate sua litigare; nam si paratus sit litigare, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparavit*²⁾).

Es würde den Rahmen dieser Untersuchung weit überschreiten, wollte ich die hier vorliegenden Kontroversen auch nur andeutungsweise behandeln: soviel aber ist klar, selbst in der klassischen Zeit ist die römische Jurisprudenz auf diesem Gebiet zu keiner abschließenden Behandlung der sich hier aufdrängenden Fragen gelangt. Dieses Resultat wäre einfach unerklärlich, wenn schon in den XII Tafeln das Fundament dazu gelegt worden wäre.

Ich will in diesem Zusammenhang kein besonderes Gewicht darauf legen, daß auch die quellenmäÙig bezeugte³⁾ Anwendung der *actio ad exhibendum* auf den Freiheitsprozeß mit der durchgängigen Freilassung des *litigans* nicht recht in Einklang steht⁴⁾).

¹⁾ L. 3 § 10 D. 41, 2.

²⁾ L. 15 § 1 D. 41, 3. Ich weise nochmals auf Bekker c. p. 59 ff. hin.

³⁾ L. 12 Pr. D. X, 4 *de eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.*

⁴⁾ Demelius, *Exhibitionspflicht* p. 239 ff. weist gegen Bethmann-Hollweg und Andere m. E. überzeugend nach, daß das *Inderdiktum de homine libero exhibendo* sich nur gegen böswillige Detention eines unbestritten Freien richtet. — Den Begriff der *Exhibition* erklären Paulus (L. 2 D. X, 4): *exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia* und Pomponius (L. 246 D. 50, 16): *exhibet, qui praestat eius, de quo agitur, praesentiam*. Über alles nähere verweise ich auf Demelius c. p. 52 ff., 64 ff.

Über den Zweck der Exhibition ist bekanntlich viel gestritten worden: neben der Absicht, die Identifikation des Streitobjekts zu erleichtern, muß aber m. E. gerade im Libertätsprozeß noch ein anderes Moment vorgelegen haben, da jene bei der notwendigen Anwesenheit des Streitobjekts in iure mit hinlänglicher Sicherheit und früh genug vor sich gehn konnte. Und dies ist wol die *copia experiundi* gewesen, d. h. in unserm Fall die Möglichkeit für den assertor in libertatem, mit dem litigans über die Modalitäten der Beweisführung des genaueren zu verhandeln. Wenn aber bei der *vindicatio in libertatem* — man beachte wohl, daß Paulus nur von dieser spricht! — dies eine Zeit lang nur durch die *actio ad exhibendum* konnte gewährleistet werden, so ergibt sich auch hieraus, daß anfangs wenigstens die Freilassung des litigans in dieser Prozessform nicht vorausgesetzt wurde.

Indessen wenn auch nicht das, was die herrschende Meinung in unserem Vindizienparagraphen sucht, irgend etwas muß in ihm gestanden haben, sonst könnte nicht ein Jurist wie Pomponius seine Verletzung durch Appius behaupten. Man braucht sich nur die Situation zu vergegenwärtigen, um den Inhalt des Gesetzes zu erkennen. Es ist ein wesentlicher Unterschied zwischen Legisaktions- und Formularprozeß, daß in letzterem das Streitobjekt, falls über seinen thatsächlichen Besitz unter den Parteien kein Zweifel war, bis zum Austrag der Sache eben bei dem Besitzenden verblieb. In der ersten Periode dagegen finden wir, wie bekannt, statt dessen die prinzipielle Freiheit der Vindizienregulierung:

*praetor secundum alterum vindicias dicebat, id est aliquem possessorem constituebat eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum.*¹⁾

Über die Gründe und etwaigen Konsequenzen dieser Erscheinung ist in dem Exkurse gesprochen: mochte bei der dinglichen Klage diese Einrichtung eben wegen des mit ihr verbundenen Bürgschaftssystems gefahrlos erscheinen, so lag der Fall wesentlich anders in der Freiheitsklage: hier wäre es dem Belieben des Prätor überlassen geblieben, einen bisher unbestritten Freien, — denn der Ankläger konnte ja jemanden als seinen Sklaven beanspruchen, ohne zu bestreiten, daß er bisher sogar *bona fide* in Freiheit gelebt habe: er konnte z. B. als Kind gestohlen worden sein etc. — ad interim auf den ungewissen Ausgang eines Prozesses hin ohne

¹⁾ Gaius IV, 16.

Richterspruch in die Hände eines anderen zu liefern. Diese Möglichkeit mußte natürlich abgeschnitten und deshalb die Bestimmung getroffen werden, daß, wenn über die *possessio libertatis sine dolo malo* durch den *litigans* kein Zweifel unter den Parteien obwaltete, die Vindizien im Sinne der Erhaltung des *status quo* zu geben waren: war der thatsächliche Zustand oder die *bona fides* der für denselben verantwortlichen Personen bestritten, so entschied in ältester Zeit jedenfalls prätorische Kognition, später das bekannte Präjudizialverfahren; war endlich der *litigans* entweder bisher thatsächlich Sklave oder doch nur *cum dolo malo* frei, so trat die diskretionäre Befugnis des Prätor in ihre Rechte: er behielt in diesen Fällen bei der Vindizienregulierung freie Hand. Dies war also der Inhalt des Zwölftafelgesetzes über die Vindizien: man sieht, daß dasselbe ebenso notwendig für den Legisaktionsprozeß wie überflüssig für das Formularverfahren war, da das letztere den Grundsatz der Wahrung des *status quo* bis zur Entscheidung des Prozesses ohnedies anerkannte: der Grund war die inzwischen erfolgte Einführung der possessorischen Interdikte, die eine richterliche Würdigung des Thatbestandes als solchen ermöglichten.

So kam es, daß, was in der Zeit der Sakramentalklage eine exceptionelle Begünstigung der Freiheit war, in der zweiten Periode sich von selbst verstand: wollte man hier noch in *favorem libertatis* prozessualische Änderungen vornehmen, so mußte man eben weitergehn: auf diesem Wege ¹⁾ und infolge einer langen Übung entwickelte sich dann der Grundsatz der durchgängigen Freilassung des *litigans*, der sogar zu Anfang des Formularverfahrens noch nicht existierte, geschweige denn während der ersten Periode.

Dieses Resultat hinsichtlich der Vindizienregulierung ergibt sich aber nicht bloß aus allgemeinen juristischen Deduktionen, sondern auch positiv, wie schon bemerkt wurde, aus unseren Berichten, sogar den jüngsten, über den Prozeß der *Verginia*.

Entscheidend ist bereits, was in dem einzigen juristischen Bericht über diesen Prozeß, dem bei Pomponius in den *Digesten* gesagt wird ²⁾:

¹⁾ Vielleicht infolge von Erfahrungen, die dem etwaigen *Verginiafall* analog waren, vergl. den Schluß des sechsten Abschnitts.

²⁾ L. 2 § 24 D. I, 2. Der Bericht ist jedenfalls alt und gut. Darüber unten mehr. Sanio, *Varroniana* versucht den Nachweis, daß er auf Varro beruht.

initium secessionis dicitur fuisse Verginius quidam, qui cum animadvertisset, Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in XII tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum, qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore virginis omne fas ac nefas miscuisse etc.

Was hier Appius zum Vorwurf gemacht wird, ist, daß er die Vindizien dem zusprach, qui in servitutem petiverat. Aus der ganzen Darstellung (ab eo suppositus, a patre etc.) geht hervor, daß Pomponius den Vater als solchen betrachtete, den Prozeß also als vindicatio in servitutem ansah.

In diesem Prozeß nun die Vindizien secundum servitutem gegeben zu haben, macht der Jurist dem Beamten zum Vorwurf.

Sehr viel zahlreicher sind, wie begreiflich, die Spuren dieses Sachverhalts in den beiden ausführlichen Prozeßberichten, bei Livius und Dionysius. Ja, man sagt nicht zu viel, wenn man einzelne, wenn auch von den Autoren selbst mißverstandene Reste der alten und guten Tradition fast jedem Satz derselben vindizieren wollte. Nur das Schlagendste in den beiden Berichten soll hier hervorgehoben werden.

Appius antwortete bei Livius¹⁾ den Advokaten der Verginia, welche auf Grund des Vindiziengesetzes die vindiciae secundum libertatem verlangt hatten:

quam libertati faverit, eam ipsam legem declarare, quam Vergini amici postulationi suae praetendant; ceterum ita in ea firmum libertati fore praesidium, si nec causis nec personis variet; in iis enim, qui asserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id iuris esse; in ea, quae in patris manu sit etc. etc.

Es ist hier nicht der Ort, auf den juristischen Wert dieser Deduktionen einzugehen; allein hält man sich an den Wortlaut, so weit er für unsere Frage in Betracht kommt, so ergibt sich, daß Appius zwei Eventualitäten gegeneinander hält: er würde die Stellvertretung anerkennen, wenn es sich um eine vindicatio in libertatem handelte²⁾, das Wort libertas im Sinne von Gewaltfreiheit genommen, d. h. wenn die advocati die Suität der

¹⁾ Liv. III, 45, 1.

²⁾ In iis, qui asserantur in libertatem. Natürlich ist e servitute zu ergänzen.

V. behaupteten; nun handele es sich aber um eine Inanspruchnahme für die väterliche Gewalt, eine *vindicatio in patriam potestatem* (um diesen unlateinischen Ausdruck zu brauchen), in diesem Falle sei der Vater alleiniger Kontravindikant. Hienach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Appius den Prozeß nicht als *vindicatio in servitute* ansieht, sondern als *vindicatio e servitute in libertatem* und zwar als eine bestimmte Unterart, *vindicatio e servitute in patriam potestatem*; allein dieser letzte Unterschied influirt natürlich nicht auf die Klaggattung im allgemeinen. Also er betrachtet Verginia a priori als Sklavin und hat demgemäß das weitere prozessuale Verfahren zu regulieren das Recht und die Pflicht. Man darf auch nicht einwenden, Appius brauche den Ausdruck *asserere in libertatem* eben, um den Gegensatz zu den fremden Gewaltrechten Unterworfenen zu bezeichnen. Bei genauer Erwägung sieht man, daß dieser Einwand nicht zutrifft: er hätte diesen Gedanken, falls er Verginia als *sine dolo malo* frei ansah, ausdrücken können und müssen: in *iis, qui e libertate in servitute adserantur id iuris esse*. Auch dazu hätte das folgende und erst recht den von ihm beabsichtigten Gegensatz gebildet, nämlich: in *iis, qui e patria potestate in servitute adserantur etc.* Allein indem er von einer *assertio in libertatem* spricht, zeigt er, daß *e servitute* mit absoluter juristischer Notwendigkeit zu ergänzen ist, deutlich, daß er bis auf weiteres Verginia als Sklavin anzusehen entschlossen ist. Natürlich hat Livius sich die Tragweite dieser Sätze nicht klar gemacht. Wir finden bei ihm hier wie oft Spuren einer alten und guten Tradition, die er selbst nicht mehr verstand. Denn in Wirklichkeit mußte diese Tradition, wenn sie mit Livianischer Breite voring, Claudius den entsprechenden Antrag auf Anerkennung des Prozesses als *vindicatio in libertatem* stellen und Appius gegen den Widerspruch der Gegenpartei ihm Folge geben lassen.

Und in der That zeigt sich dies denn auch in dem diesbezüglichen Antrage von Claudius bei Dionysius: er will das Streitobjekt behalten, ist aber bereit, falls jemand gegen ihn klagen will, den Prozeß zu übernehmen¹⁾. Also er betrachtet sich ohne weiteres als Besitzer der Verginia und überläßt es anderen, das Verfahren gegen ihn einzuleiten: dann ist es aber *vindicatio in libertatem*. Dem tritt nun Numitorius in seiner Antwort entgegen:

¹⁾ Dionysius IX, 29.

er verlangt die Vindizien secundum libertatem mit der Motivierung:

σώματος εἰς δουλείαν ἐξ ἐλευθερίας ἀγομένον μὴ τὸν ἀφαιρούμενον τὴν ἐλευθερίαν ἀλλὰ τὸν φυλάττοντα κύριον εἶναι μέχρι δίκης.

Deutlicher kann es gar nicht ausgesprochen werden, daß bei der vindicatio e libertate in servitutum (als welche Numitorius den Fall von seinem Standpunkt aus ansieht) die Vindizien secundum libertatem zu geben sind. Also nicht in jedem Freiheitsprozeß. Wäre das Gesetz gewesen, so hätte der Annalist unseren Redner sich jedenfalls darauf, was noch viel eindrucksvoller gewesen wäre, berufen lassen.

Dieselbe Auffassung des Vindiziengesetzes, welche Appius erstes Dekret bei Livius, wie wir gesehen haben, enthielt, tritt noch erheblich schärfer an derselben Stelle bei Dionysius hervor. Appius Dekret beginnt mit den Worten ¹⁾:

ἐγὼ μὲν τὸν νόμον οὐκ ἀγνοῶ τὸν ὑπὲρ τῆς ἐγγυήσεως τῶν εἰς δουλείαν ἀγομένων κείμενον, ὃς οὐκ ἔῃ παρὰ τοῖς ἀφαιρούμενοις εἶναι τὸ σῶμα μέχρι δίκης, οὐδὲ καταλύσαιμι ἂν ὃν αὐτὸς ἔγραψα ἐκών.

Also der Beamte erklärt ausdrücklich, das Zwölftafelrecht verlange vindiciae secundum libertatem bei den *εἰς δουλείαν ἀγομενοι* d. h. bei der vindicatio in servitutum, allein er erklärt nicht, was ihn die heutige Theorie erklären läßt, daß dieser Zwang bei jeder causa liberalis statt hat.

Bliebe nun noch ein Zweifel in dieser Richtung übrig, so müßte er durch das Nachspiel beseitigt werden, welches dem Sturz der Decemviren folgte: Verginius fordert hier den gestürzten Appius zu einem Sponsionsprozeß darüber auf:

eum ab libertate in servitutum contra leges vindicias non dedisse,

und derselbe Vorwurf wird von ihm später mit fast denselben Worten wiederholt:

se iudicem illi ferre, ni vindicias ab libertate in servitutum dederit.²⁾

¹⁾ Dionys. XI, 3.

²⁾ Liv. III, 56–58.

Man ersieht hieraus deutlich, nicht *vindicias secundum servitutum*, sondern ab *libertate in servitutum dedisse* wird Appius zum Vorwurf gemacht, also nur das letztere war ungesetzlich. Mit anderen Worten: nicht in jedem Freiheitsprozeß, sondern nur in der *vindicatio in servitutum*, d. h. wenn das Streitobjekt sich *sine dolo malo* in Freiheit befand, waren nach dem Zwölftafelgesetz die *Vindizien secundum libertatem* zu geben.

Der allgemeine Eindruck unserer Überlieferung bestätigt dieses Resultat, wie auch diese Überlieferung erst so verständlich wird: Gleich zu Anfang, wie konnte Appius seiner Kreatur den Rat geben, *vindiciae secundum servitutum* zu verlangen (denn das liegt in den Worten *ne cederet secundum libertatem postulantibus vindicias*), wie konnte der Klient am Tage der Katastrophe dieses Verlangen wiederholen und Appius ihm nachgeben, wenn absolut keine Möglichkeit vorlag, im Freiheitsprozeß *Vindizien secundum servitutum* zu geben? Wenn das überhaupt kein gesetzlich denkbarer Begriff war? Und unsere Autoren hätten sich diesen wirksamsten rhetorischen Gegensatz in ihrer pathetischen Darstellung entgehen lassen? Wer Livius und Livianische Rhetorik kennt, der wird in den Angriffen auf den gestürzten Decemvir doch eine ganz andere Sprache zu hören erwarten, als wir sie in den Verginius in den Mund gelegten Deklamationen finden! Daß der Beamte Verginia seinem Klienten zusprach, deren faktischen bisherigen Aufenthalt bei dem Vater jener selbst anerkannte, während, selbst wenn sie bisher unbestritten Sklavin des Claudius gewesen wäre, sie jetzt, wo Verginius als assertor in *libertatem* auftrat, notwendig hätte interimistisch freigegeben werden müssen: diesen überwältigenden Kontrast zu dem positiven und kürzlich neu sanktionierten Recht hätten, ich will nicht sagen die Verteidiger der Verginia, aber die Kompilatoren unserer Überlieferung sich entgehen lassen?

5. Der Prozeß um Verginia bei Diodor.

Wie sich bisher bei allen die römische Geschichte betreffenden Untersuchungen gezeigt hat, giebt Diodor den ältesten und gerade in seiner Kürze zuverlässigsten Bericht. Der Prozeß um Verginia macht hiervon keine Ausnahme. Der kurze Bericht dieses Schriftstellers ist vielmehr ebenso bedeutsam in dem, was er giebt, wie

in dem, was er nicht giebt.¹⁾ Man sieht zunächst, daß das ganze Verfahren sich in einem Zuge abspielt, was aus sehr verschiedenen Gründen beabsichtigt sein mußte. Wenn das Dekret des Beamten hier scheinbar als Definitivsentenz auftritt, so ist das schon aus diesem Grunde ein Mißverständnis Diodors: selbstverständlich ist das Verfahren in iudicio von dem in iure um mehrere Tage getrennt. Am ersten Tage kann es nicht weiter als bis zum Schluß des Verfahrens in iure gekommen sein, also höchstens bis zur Erteilung der Vindizien. Man könnte es natürlich finden, daß gerade unsere griechischen Berichterstatter, Diodor und Dionysius, aus der Vindizienerteilung eine Definitivsentenz gemacht haben: sie kannten eben als Griechen am wenigsten die Erfordernisse des römischen Civilverfahrens und insbesondere der Sakramentalklage. Allein es verdient bemerkt zu werden, daß der Ausdruck, welchen Diodor braucht, der Beamte habe das Mädchen ausgeliefert (*τὴν κόρην ἐγχειρίσαντος*), so allgemein ist, daß er auch auf eine etwaige Vindizienregulierung recht gut angewendet werden kann. Wir müssen also annehmen, daß der vorgeschobene Ankläger die augenblickliche Freiheit der Verginia aus irgend welchen Gründen für *dolos* erklärte und demgemäß die Anerkennung des Verfahrens als einer *vindicatio in libertatem*, nicht in *servitutum* verlangte, worauf er in betreff der Vindizien und damit überhaupt gewonnenes Spiel hatte. Natürlich ist zu diesem Verfahren die Anwesenheit des Vaters notwendig, sie ist aber auch andererseits für den gewissenlosen Richter gar kein Hindernis: worauf sein Dekret sich stützt, das wird durch die Anwesenheit des Vaters nicht berührt.

Und so finden wir denn auch die anfängliche Abwesenheit des Vaters bei Diodor nicht: er ist von vornherein anwesend gedacht (*παρών*). Auch ist der Ankläger noch nicht Klient des

¹⁾ Diodor XII, 25: εἰς δ' ἐξ αὐτῶν (sc. der *X viri*), ἐρασθεὶς εὐγενοῦς παρθένου πεινχοῦς, τὸ μὲν πρῶτον χρήμασι διαφθεῖραι τὴν κόρην ἐπεβάλετο, ὡς δ' οὐ προσεῖχεν ἐκεῖνη τούτῳ, ἐπαπέστειλε συκοφάντην ἐπ' αὐτήν, προστάξας ἄγειν εἰς δουλείαν. τοῦ δὲ συκοφάντου φήσαντος, ἰδὼν αὐτοῦ εἶναι δούλην, καὶ πρὸς τὸν ἄρχοντα καταστήσαντος δουλαγωγεῖν, προσυγῶν κατηγόρησεν ὡς δούλης. τοῦ δὲ διακούσαντος τὴν κατηγορίαν καὶ τὴν κόρην ἐγχειρίσαντος ἐπιλαβόμενος ὁ συκοφάντης ἀπήγαγε ὡς ἰδίαν δούλην. ὁ δὲ πατὴρ τῆς παρθένου παρὼν καὶ δεινοπαθὼν, ὡς οὐδεὶς αὐτῇ προσεῖχε, . . . τὴν θυγατέρα ἀπέκτεινεν.

Richters (*συνογράφης*): die Quelle Diodors wußte noch, daß in der älteren Zeit Klienten noch nicht die volle Prozeßfähigkeit hatten, sondern sich von ihrem Patron mußten vertreten lassen¹⁾: so vermied sie den Widersinn, den Richter bei sich selbst prozessieren zu lassen. Dieser Richter ist hier noch nicht der spätere Träger der Verginialegende.

Es liegt im Wesen solcher Mythen, daß sie eine Weile zeitlos und unbestimmt in ihren Details umherirren, ehe sie ihre Anknüpfung an bestimmte Personen finden. Die älteste Quelle sagte εἰς ἑξ αὐτῶν. Später wurde aus diesem einen Decemvirn Appius: es war eben das geistige Haupt des Kollegiums, und der Pamphletist, dessen claudierfeindliche Interpolation unserer Überlieferung Mommsens Darstellung aufgedeckt hat²⁾, benutzte die Gelegenheit, um mit vieler Phantasie und wenig Wissen die Schatten auf Appius Portrait um eine Nuance zu vertiefen.

Allein die Quelle Diodors ging in ihrer Selbstbeschränkung noch weiter. Nicht bloß daß ihr Name und Stand des Verginius in der späteren Fassung noch unbekannt sind, sie macht das Mädchen zur παρθένης εὐγενής, zur Patricierin, offenbar in dem instinktiven Bewußtsein, daß das Decemviralregiment ganz gewiß nicht als Tyrannis der Patricier gegen die Plebejer, wie es den späteren beliebt hat — waren doch auch Plebejer unter dem Decemviralkollegium vertreten, — sondern einzig und allein als die Willkürherrschaft patricisch-plebejischer Oligarchen gegen die von der Regierung ausgeschlossene Mehrheit beider Stände betrachtet werden kann. Diese Auffassung klingt denn auch wiederholt durch den Livianischen Bericht hindurch, wenn sie auch meist durch die Übermalung der späteren Autoren unkenntlich geworden ist und da, wo ein sorgfältiges Auge sie erkennt, mit dem Gesamtkolorit dieser jüngeren Berichte sich in lebhaftem Widerspruch befindet. Das tritt schon in der Einführung des Appius Claudius bei Livius hervor: *regimen totius magistratus penes Appium erat favore plebis; adeoque novum sibi ingenium induerat, ut plebicola repente omnisque aurae popularis captator evaderet pro truci saevoque insectatore plebis*³⁾. An dieser Stelle identifiziert ihn Livius mit

¹⁾ Mommsen, Röm. Forschungen I, p. 372 ff.

²⁾ Mommsen, Röm. Forschungen I, p. 285 ff.

³⁾ Livius III, 7. cf. Mommsen c. I, p. 289.

dem gleichfalls als Plebejerfeind geschilderten älteren Appius, mit dem er auch in der That nach den kapitolinischen Fasten identisch ist, für gewöhnlich aber erscheint er nach den Livianisch-Dionysischen Quellen als dessen Sohn, da C. Claudius, ein Bruder des älteren Claudius, als sein Oheim genannt wird¹⁾. Der Oheim Claudius ist offenbar eine späte Verlegenheitsfindung, um die Widersprüche, die die Tradition über die Claudier allmählich enthielt, abzuschwächen, indem man einen neuen Claudius hineinschob: das zeigt sich auch darin, daß die technische Feststellung des Verwandtschaftsverhältnisses nicht zum Abschlufs gekommen ist. Was aber den Decemvirat des Appius betrifft, so wünscht ihn bei Livius gerade die Plebs bei der Neuwahl:

iam plebs, praeterquam quod consulum nomen haud secus quam regum perosa erat, ne tribunicium quidem auxilium cedentibus invicem appellationi decemviri quaerebat²⁾.

Wenig später werden dieselben Decemviri als Bedrücker der Plebs in grellen Farben geschildert³⁾, womit denn auch zusammenhängt, daß Livius der einzige Autor ist, dem es unbekannt geblieben ist, daß auch Plebejer dem zweiten Decemvirat angehörten⁴⁾.

Auch der Umstand, daß das Opfer des einen Decemviri in der ältesten Überlieferung eine Patricierin war, ist in der späteren Tradition nicht ohne Spuren geblieben. Es ist sicher kein Zufall, daß die Verginier, auf deren Namen die Sage sich später festgesetzt hat, in der ältesten Überlieferung Patricier waren:⁵⁾ der erste plebejische Verginier, den wir vorfinden⁶⁾, wird bei Gelegenheit der Geschichte von Kaeso Quinctius erwähnt⁷⁾. Des weiteren lehrt uns der Bericht Diodors, daß von vornherein der Anstifter unter den Decemviri und der ungerecht dekretierende Beamte zwei

¹⁾ Livius III, 35. III, 40.

²⁾ Liv. III, 34, 8. Unmittelbar vorher ein anderer Grund für die Wiedewahl, der der Wahrheit erheblich näher kommt.

³⁾ Liv. III, 37, 77.

⁴⁾ Liv. III, 35, 11. IV, 3, 17. cf. Mommsen, Forschungen I p. 295 ff.

⁵⁾ Mommsen, Forschungen I p. 110.

⁶⁾ Liv. III, 11.

⁷⁾ Mommsen, Römische Forschungen II p. 148. Als besonders unglücklich darf wol der Vermittlungsversuch Schweglert's bezeichnet werden (R. G. III p. 52), welcher aus Diodors Ausdruck entnimmt: „Die Familie der Verginier scheint zu den vornehmeren Familien ihres Standes, zur plebeischen Nobilität gehört zu haben.“ Dagegen hat Niebuhr die volle Konsequenz aus diesem Bericht gezogen.

verschiedene Personen waren! Vielmehr als der Sykophant seine Anklage vor dem Beamten erhebt, tritt der Urheber des Plans vor und bekräftigt durch sein Zeugnis die Anklage. Man sieht deutlich, wie hier die Momente zusammenliegen, deren Kombination in den späteren Versionen erfolgt ist. Bei Dionysius teilt Appius in längerer Rede mit, wie er dazu komme, aus eigener Wissenschaft Zeugnis abzulegen im Sinne der Anklage¹⁾, und es hat den Kompilator weiter nicht gestört, daß dadurch der Beamte Zeuge und Richter in einer Person wird.

Was endlich die Entführungsgeschichte betrifft, die bei Diodor gleichfalls fehlt, so wird bei der Besprechung derjenigen Berichte, die sie enthalten, gezeigt werden, daß dieselbe juristisch verkehrt und gleichzeitig ungeeignet ist, diejenigen Dienste zu leisten, welche die Urheber derselben nach der Tradition von ihr erwarteten.

Wenn wir so erkennen, wie diese Überlieferung, wo sie über Diodor hinausgeht, in sich widerspruchsvoll und unbrauchbar ist, eine Erkenntnis, die wir mit der Entfernung der Verginia aus der geschichtlichen Überlieferung bezahlen müssen, so drängt sich die weitere Frage auf, welcher Wert denn auf diese älteste Überlieferung bei Diodor selbst gelegt werden darf. So natürlich diese Frage ist, so unmöglich ist ihre Beantwortung, zu der es nach dem jetzigen Stande unserer wissenschaftlichen Erkenntnis und voraussichtlich für immer an jedem Anhalt fehlt. Daß konstituierende Gewalten wie der Decemvirat ihrem Wesen nach nur durch Erfüllung ihres Zwecks, d. h. rechtlich überhaupt nicht befristet werden können, hat Mommsen²⁾ gezeigt und mit Recht die Konsequenz gezogen, in unserer Überlieferung liege die Lehre enthalten, daß „gegen den legalisierten Absolutismus es schließlich keine Hilfe giebt als die illegale Selbsthilfe der einzelnen.“ Zweifellos ist das der innere Grund für den Sturz des Decemvirats gewesen, und es würde an sich dieses Sachverhältnis nicht ausschließen, daß der äußere Anlaß in wie auch immer gearteten Ausschreitungen der mit einer schrankenlosen Gewalt betrauten Beamten lag. Und so darf und muß das Endurteil über diese Frage dem persönlichen Belieben und dem persönlichen Bedürfnis derer, die es angeht, überlassen bleiben.

¹⁾ Dionysius XI, 36.

²⁾ Mommsen, Staatsrecht II. 1² p. 697.

Den Standpunkt der älteren, wenn auch nicht der ältesten Annalistik finden wir dann in einigen Notizen bei Cicero und Pomponius, auch dies in ungefährer Übereinstimmung mit der bisherigen Auffassung, welche den geschichtlichen Nachrichten Ciceros einen relativ hohen, vielleicht einen etwas zu hohen Wert beilegt. Die aphoristische Natur dieser Notizen gestattet nicht mit Bestimmtheit festzustellen, wie weit die Mythenbildung in den von Cicero benutzten Quellen gediehen war. An zwei Stellen finden wir bei ihm die Sache ohne die Namen der Helden erwähnt¹⁾, was in dem letzteren Falle, der Corneliana, besonders darum merkwürdig ist, weil Cicero hier die Geschichte der demokratischen Bewegungen mit einer gewissen Ausführlichkeit behandelt. Asconius giebt hierfür die Erklärung, es sei geschehen, da die Namen des Thäters wie des Opfers ohnedies in aller Munde seien²⁾. In der That finden wir die Namen in *de finibus* genannt³⁾, während an einer anderen Stelle der Bücher *de republica* schon Verginius, aber als Decimus Verginius, auftritt⁴⁾. Mit Recht macht Niese darauf aufmerksam⁵⁾, daß die Namen bei Cicero um so vollständiger werden, je später die Abfassungszeit der einzelnen Schriften ist.

Pomponius hat gleichfalls schon die Namen. Man sieht aus der Art der Namensnennung deutlich, daß dieselbe zur Zeit seiner Quelle noch neu war: es handelt sich noch nicht um den allbekannten Verginius des Asconius, sondern, wie bei Cicero, um einen Verginius (*Verginius quidam*).

¹⁾ Cic. *de re publ.* III, 32: *Quid quum Xviri Romae sine provocatione fuerunt, tertio illo anno, cum vindicias amisisset ipsa libertas.* Die andere Stelle ist nur aus Asconius § 68 K. bekannt.

²⁾ Natürlich verwechselt der Kommentator seine Zeit mit der Ciceros. *Reliqua pars huius loci . . . et breviter et aperte ab ipso dicitur. nomina sola non adicit, quis ille ex decemviris fuerit, qui contra libertatem vindicias dederit, et quis ille pater. contra cuius filiam id decrevit; scilicet, quod notissimum est, decemvirum illum Appium Claudium fuisse, patrem autem virginis L. Verginium.* Asconius l. c.

³⁾ Cic. *de finibus* II, 66. *Tenuis L. Verginius unusque de multis sexagesimo anno post libertatem receptam virginem filiam sua manu occidit potius quam ea Appii Claudii libidini, qui tum erat summo imperio, dederetur.*

⁴⁾ Cic. *de re publ.* II, 63: *cum Decimus quidam Verginius filiam propter unius ex illis decemviris intemperiem in foro sua manu interemisset ac maevens ad exercitum, qui tum erat in Algido, confugisset.*

⁵⁾ Niese, *de annalibus Romanis observationes*, Marburg 1886 p. VI ff.

Von sachlichen Verstößen sind diese Berichte sämtlich frei. Namentlich ist von der anfänglichen Abwesenheit des Vaters nicht die Rede, auch der Helfershelfer des Beamten bei Pomponius¹⁾ noch nicht sein Klient.

6. Der Prozeß um Verginia in der jüngeren Annalistik.

Daß jeder Schritt über die älteste Annalistik hinaus, die mehr oder weniger entstellt bei Diodor vorliegt, ein Schritt ins Bodenlose und Unmögliche ist, wurde oben ausgesprochen und wird demnächst an den Berichten bei Livius und Dionysius zu erweisen sein. Diese durchgehende Korruption der Überlieferung findet gerade in unserem Fall wenn nicht eine Entschuldigung doch eine Erklärung. Erinnern wir uns, wie in der älteren Zeit, welcher etwa der Verginiafall angehört haben mag, die Freilassung des litigans zwar bei der *vindicatio in servitutum*, aber nur bei dieser gesetzlich bestimmt war, während später dieses Prinzip auf jede Freiheitsklage ausgedehnt wurde. Wann diese Ausdehnung stattfand, ist nicht überliefert; allein bedenkt man, daß der eigentliche Inhalt des Vindizienparagraphen der XII Tafeln, eine Garantie gegen die prinzipielle Freiheit der Vindizienregulierung zu bilden, durch das Formularverfahren, welches diese Willkür bekanntlich abschaffte, überholt war, so liegt die Annahme nahe, daß allmählich mit der Entwicklung des Prozeßrechts in dieser zweiten Periode der später anerkannte Grundsatz im Wege einer konstant geübten Praxis sich Geltung verschafft hat. Dann ist auch ohne weiteres klar, daß Historiker, die ohne Kenntnis der Rechtsgeschichte von dem zu ihrer Zeit in diesen Dingen herrschenden Prinzip ausgingen, die Entscheidung in den älteren Quellen nicht mehr begriffen: sie wußten eben nicht, daß es früher möglich war, Vindizien gesetzlich *secundum servitutum* zu geben und sahen sich deshalb nach einer anderen Erklärung um, die ihnen plausibel erschien. Daß sie auf das Unglücklichste verfielen, den Prozeß in Abwesenheit des Vaters beginnen zu lassen, daran mochte neben

¹⁾ L. 2 § 24 D. I, 2: *initium secessionis dicitur fuisse Verginius quidam, qui cum animadvertisset, Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in XII tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abduxisse et secundum eum, qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore virginis omne fas ac nefas miscuisse.*

anderem die Kürze der ältesten Quelle schuld sein, die den für sie selbstverständlichen Anteil des Vaters beim Beginn des Verfahrens nicht weiter hervorhob, sondern sich mit seiner Erwähnung bei der Katastrophe begnügte. Ist diese Auffassung richtig, so würde die herrschende Meinung, welche als jüngste Quelle des Livius einen Annalisten der Sullanischen Epoche, Licinius Macer ¹⁾, annimmt, mit dem, was hier aus juristischen Thatsachen gefolgert wurde, sehr wohl übereinstimmen.

Es erübrigt nunmehr, die Kontamination der beiden Quellschichten bei Livius und Dionysius im einzelnen nachzuweisen.

Die Einleitung der Scene bei beiden Autoren zeigt, daß man es zunächst mit einer Übrumpelung versuchen wollte. Es wird eine untechnische ²⁾ *manus iniectio* versucht, vom Standpunkt des Angreifenden ein Akt erlaubter Selbsthilfe, über deren Rechtmäßigkeit, falls sie bestritten wird, sich der Angreifer vor Gericht zu verantworten hat. Ihr Kriterium liegt in der Öffentlichkeit am hellen Tageslicht; eben hierdurch unterscheidet sie sich vom *crimen vis*: es soll Gelegenheit zur Einsprache gegeben werden. So erklärt sich die Eskorte, mit der Claudius sich umgeben soll ³⁾; zur bloßen Einleitung des Civilverfahrens würde Claudius allein genügen. Andererseits ist Appius doch auf Einsprache gefaßt und giebt auch für diesen Fall seine Instruktion. Das tritt besonders deutlich bei Livius hervor. Der erste Auftrag des Decemvir an seinen Klienten lautet: *virginem in servitutum assereret* ⁴⁾; gemeint

¹⁾ Mommsen, Römische Forschungen I p. 315. Chronologie p. 186.

²⁾ Servius zu Verg. Aen. X, 419 *manus iniectio dicitur, quotiens nulla iudicis auctoritate expectata rem nobis debitam vindicamus.*

³⁾ Dionys. XI, 28. *Μάρκον Κλαύδιον διδάξας ὅσα ποιεῖν ἐβούλετο καὶ λέγειν ἀποστέλλει συγχροῦς τῶν ἀναιδεσιτύων ἐπαγόμενον.*

⁴⁾ Liv. III, 44. Schwierigkeiten bereitet nur die Schlusfwendung: *vocat* (sc. Claudius) *puellam in ius*. In *ius* voziert man seinen Prozeßgegner: natürlich kann in diesem Fall hiervon aus dem doppelten Grunde nicht die Rede sein, weil Verg. als *filia familias* in manu und Objekt der Freiheitsklage ist. Schmidt (c. p. 75 f.) bemerkt, man könne auf doppeltem Wege abhelfen: „zunächst auf dem gewaltsameren, indem man mit Verwerfung der Quellen sagt, Numitorius oder Icilius, schon auf dem Forum als *libertatis vindex* sich gebend, vozierte den M. Claudius in *ius*; oder auf dem anderen, milderer und natürlicheren, durch die Voraussetzung nämlich, es habe der Letztere, als die erstaunte Masse drängte, von dem strengen Recht der *ductio* nachgelassen, sich mit der geringern, völlig zureichenden *vocatio* begnügend.“ Allein wenn wir von der ersten in der That verfehlten Kombination ganz absehn, welches Recht zur *ductio* hat Claudius denn? Und

ist nicht die technische *assertio in servitutum*, welche der Klient vielmehr gerade vermeiden soll, sondern der Ausdruck ist, wie vieles bei Livius, untechnisch aufzufassen resp. anzunehmen, daß Livius sich über die Tragweite desselben nicht klar war: der Klient soll das Mädchen als Sklavin abführen, falls kein Widerspruch sich erhebt; im anderen Falle: *ne cederet secundum libertatem postulantibus vindicias* d. h. solle er die Vindizien *secundum servitutum* verlangen. Bis dahin ist der Bericht in Ordnung; die nun folgende Motivierung, *quod pater puellae abesset, locum iniuriae esse ratus*, gehört bereits der jüngeren Überlieferung an. Der Klient befolgt dann genau diese Instruktion; die Menge, welche für Verginia Partei nimmt, zwingt ihn zur Beschreitung des Rechtsweges. Es ist also die zweite der von Appius erwogenen Eventualitäten eingetreten. Hier stimmen die Berichte bei Livius und Dionysius völlig überein.

welcher Art ist die *vocatio*, mit der er sich begnügt? Schmidt meint, „es wollte M. Claudius die stürmische Volksmasse durch die faktische Autorität eines magistratischen Ausspruchs überzeugen, wie nichts Widerrechtliches in seinem Auftreten zu erfinden sei.“ Allein angenommen, es hätte Claudius wirklich diese Absicht gehabt, was schwerlich glaubhaft ist, so kann das doch nun und nimmer als *in ius vocatio puellae* bezeichnet werden. Weissenborn bemerkt u. A.: „*vocat in ius* ist nur weitere Ausführung von *iure grassari*: er führe sie vor den Magistrat, wo jeder seine Ansprüche geltend machen könne.“ In *in ius vocare* heisst doch nicht vor den Magistrat führen! All diesen Erklärungsversuchen liegt eine übertriebene Hochachtung vor der bei Livius abgelagerten Tradition zu Grunde: der unjuristische Schriftsteller, welchem jene Phrase verdankt wird, war entweder über die genaue technische Bedeutung der *in ius vocatio* oder über die Thatsache, daß man in einem Prozeß nicht gleichzeitig Partei und Objekt sein kann, oder über beides im unklaren: er wandte, wie auch heute Halbgebildete thun, eine technische Wendung an einer Stelle an, wo sie keinen Sinn giebt, — man denke nur an die Prozeßberichte in unserer Tagespresse — und so liefs er Claudius die *in ius vocatio* ausführen, während er sagen wollte, Cl. habe Verginia aufgefordert, ihm zu folgen. Bei dieser Gelegenheit mag noch erwähnt werden, daß Puntchart — offenbar als Entgegnung auf die erste Kombination Schmidts — bemerkt: „Eine *in ius vocatio* des Claudius von seiten eines der Anwesenden ist hier darum nicht nötig, weil Claudius nach seiner eigenen Versicherung schon auf dem Wege zum Magistrat begriffen ist.“ Als ob es darauf ankäme! Zweck einer *in ius vocatio* ist in erster Linie Feststellung der Kläger- und Beklagtenrolle in *iure*. Das Folgen des *vocatus* wäre speziell in diesem Falle nicht Selbstzweck, sondern nur eine Konsequenz der *vocatio*. Aber gerade darin liegt die Schwierigkeit: wer Claudius in *in ius* voziert, müßte ihn als Beklagten anerkennen.

Bei Livius beginnt nun das Verfahren in iure zwischen Claudius und den Rechtsbeiständen der Verginia vor dem Tribunal des Appius. Der Klient erzählt die bekannte Entführungsgeschichte und verlangt den vorläufigen Besitz des Mädchens bis zur Ankunft des Vaters¹⁾. An dieser Stelle beginnt der Dualismus in unseren ausführlichen Prozeßberichten: wenn Claudius den vorläufigen Besitz der V. auf Grund eines materiellen Rechtsgrundes verlangt, so hat dieser notwendig mit Verginius Abwesenheit nichts gemein, behielte vielmehr auch diesem gegenüber seine Kraft, während andererseits juristisch das Verfahren ohne Verginius gar nicht in die Wege geleitet werden kann. Natürlich ist es Pflicht der *advocati*, dieses letztere zu betonen und Vertagung des Verfahrens bis zur Ankunft des Vaters zu verlangen. Dies geschieht dann auch in dem ersten Teil ihrer Rede; allein am Schluß derselben verlangen sie unter Berufung auf das Vindiziengesetz die *vindiciae secundum libertatem*²⁾, was zur Voraussetzung hat, daß sie doch den Prozeß als Beklagte übernehmen wollen. Natürlich ist er dann keine „*res integra*“ mehr. Offenbar können sich die Advokaten nur zur Bürgenstellung für das Erscheinen des Verginius erboten und demgemäß verlangt haben, seine Tochter bis zu dem verbürgten Termin in Gewahrsam zu nehmen. Wahrscheinlich sollte dieses gesagt werden, aber unser Autor, dem die ungerechte Erteilung von Vindizien als Schlußmoment des Prozesses vorschwebte, und der auch über die Bedeutung der Vindizienerteilung im Unklaren war, brachte, wie fortwährend in diesem Bericht, den juristischen Kunstaussdruck an der falschen Stelle an.

Ganz derselbe Dualismus liegt in Appius Antwort, seinem ersten Dekret vor³⁾, über welches schon oben gesprochen worden

¹⁾ Liv. III, 44: *notam iudici fabulam petitor, quippe apud ipsum auctorem argumenti, peragit: puellam domi suae natam furtoque inde in domum Vergini translatam suppositamque ei esse; id se iudicio compertum adferre probaturumque vel ipso Verginio iudice, ad quem maior pars iniuriae eius pertineat; interim dominum sequi ancillam aequum esse.*

²⁾ Liv. III, 44: *advocati puellae, cum Verginium rei publicae causa dixissent abesse, biduo adfuturum, si nuntiatum ei sit, iniquum esse absentem de liberis dimicare, — nein, nicht unbillig, sondern prozessualisch unmöglich — postulavit ut rem integram in patris adventum differat, lege ab ipso lata vindicias det secundum libertatem, neu patiatur virginem adultam famae prius quam libertatis periculum adire.*

³⁾ Liv. III, 45, 1 ff.: *quam libertati faverit, eam ipsam legem declarare, quam Vergini amici postulationi suae praetendant; ceterum ita in ea firmum*

ist. Er beruft sich auf das Stellvertretungsgesetz im Legisaktionsverfahren, legt dasselbe ganz richtig dahin aus, daß im Freiheitsprozeß um eine Gewaltunterworfenen nur der Gewaltinhaber die berechnigte Prozeßpartei ist. Statt aber hieraus den juristisch allein möglichen Schluß zu ziehen, daß der Prozeß bis zur Ankunft von Verginius vertagt werden muß, überantwortet er durch Dekret das Mädchen dem Klienten!

Dies wird dann auch von den hinzukommenden Verwandten der Verginia, von Numitorius und Icilius so eindringend geltend gemacht, daß Appius sich diesmal zum Nachgeben veranlaßt sieht. Allein die Form des ihm dabei in den Mund gelegten Dekrets ist für die Natur der Livianischen Überlieferung im höchsten Maß charakteristisch ¹⁾:

non praebiturum se illi eo die materiam; sed ut iam sciret non id petulantiae suae, sed Verginio absenti et patrio nomini et libertati datum, ius eo die se non dicturum neque decretum interpositurum; a. M. Claudio petiturum, ut decederet iure suo vindicarique puellam in posterum diem pateretur. Quod nisi pater postero die adfuisse, denuntiare se Icilio etc.

Also Appius thut, was von ihm verlangt ist: Er versichert, um Icilius keinen Vorwand zur Unbotmäßigkeit zu geben, ius eo die se non dicturum. Welchen Erfolg soll das haben? Icilius Widerstand bezieht sich ja nicht auf ein noch zu erwartendes Dekret, — dann hätte Appius recht — sondern auf ein be-

libertati fore praesidium, si nec causis nec personis variet; in iis enim, qui asserantur in libertatem, quia quisque lege agere possit, id iuris esse; in ea, quae in patris manu sit, neminem esse alium, cui dominus possessione cedat; placere itaque patrem accessiri, interea iuris sui iacturam assertorem non facere, quin ducat puellam sistendamque in adventum eius, qui pater dicatur, promittat.

¹⁾ Liv. III, 46, 3. Weissenborn bemerkt dazu: „Appius erklärt bei der veränderten Lage der Verhältnisse, daß er das bereits erlassene Dekret als nicht vorhanden betrachte oder zurücknehme und auf sein Recht als Magistrat einzuschreiben verzichte, vielmehr als Patron sich zu Bitten bei seinem Klienten herablassen wolle, daß dieser von seinem 45, 3 anerkannten Rechte bis zum folgenden Tage abstehe.“ Diese Paraphrase enthält allerdings, was Appius hätte sagen müssen, um mit sich im Einklang zu bleiben: allein der Wortlaut zeigt und es wird noch dargelegt werden, daß der Beamte in diesem Bericht wesentlich anders gesprochen hat.

reits erlassenes nach Livius Darstellung! Noch bedenklicher ist das folgende: *neque decretum interpositum*, er werde kein Dekret erlassen. Wer verlangt denn ein Dekret von ihm bei Livius? Von Zurücknahme eines Dekrets, wie Weissenborn voraussetzt, ist, wie man sieht, keine Spur, vielmehr die Situation so, daß Appius thut, als habe er *tabula rasa*, eine *res integra* vor sich. Aber Appius ist nicht der einzige, der so vorgeht, auch Icilius thut es. Das liegt in seinem ganzen Auftreten, z. B. in den Worten: *neque tu istud decretum sine caede nostra referes*, nur über unsere Leichen hinweg wirst Du Dein Dekret von neuem vorbringen können; also er betrachtet das Dekret, wie Weissenborn ganz richtig bemerkt, mit seiner Ankunft *eo ipso* als nicht vorhanden, was natürlich juristisch und logisch unmöglich ist. Das Wort dieses Rätsels liegt nahe: Die ganze Verhandlung vor Auftreten des Numitorius und Icilius ist ein spätes und schlechtes EinschiesSEL, eine Art Doublette des Folgenden. Wenn eine Quelle die Notiz enthielt, daß der Prozeß in Abwesenheit der Angehörigen Verginias begann, und dies von einem Autor auf den Vater, von einem anderen auf die übrigen Verwandten bezogen wurde, so konnte ein kritikloser Kompilator leicht zu der confusen Zusammenstellung kommen, die wir bei Livius vorfinden.

Für diese Annahme einer doppelten Rezension spricht denn auch der Bericht bei Dionysius, der im übrigen in bemerkenswerten Punkten von dem Livianischen abweicht.

Hier wird das erste Dekret des Appius, welches sachlich mit dem Livianischen übereinstimmt, in Gegenwart der Verwandten Verginias gegeben und auf deren Widerspruch hin zurückgenommen¹⁾. Claudius, von dem Verlobten der Verginia — er heißt hier Lucius — zur Rede gestellt, entwickelt in längerer Rede sein Recht an dem Mädchen²⁾. Natürlich ist der quantitativ größte Teil eigenes Fabrikat des griechischen Rhetors, der hier, wie gewöhnlich, keine glückliche Hand gehabt hat, allein das Substrat derselben gehört offenbar seiner Vorlage an. Es ist eine Ausschmückung desselben Berichts, den an derselben Stelle Livius mitteilt³⁾: Numitoria, Verginius Frau, soll das Kind der Sklavin

¹⁾ Dionys. XI, 28.

²⁾ Dionys. XI, 29.

³⁾ Liv. III, 44: *puellam domi suae (sc. Claudii) natam furtoque inde in domum Vergini translatam suppositam ei esse; id se ... probaturum vel ipso Verginio iudice, ad quem maior pars iniuriae eius pertineat.*

von Claudius gestohlen und als ihr eigenes ausgegeben haben. Hier fällt zunächst bei dieser völlig übereinstimmenden Darstellung beider Autoren eines auf: diejenige Theorie, welche die Grundsätze der Noxalklage auf Delikte der in manu befindlichen Personen ausdehnt¹⁾, befindet sich mit unserm Prozefsbericht in unlösbarem Widerspruch, denn ausliefern kann Verginius Numitoria nicht mehr²⁾, er kann also nur noch auf Sachentschädigung belangt werden: man sieht, daß bei dieser Sachlage das Vorgehen des Claudius geradezu albern erscheint: er kann im günstigsten Fall nur eine Geldentschädigung verlangen, die bekannte *litis aestimatio* der Noxalklage. Trotzdem würde ich es nicht für richtig halten, auf Grund unseres Prozesses die Theorie in diesem Punkt zu korrigieren: man thut Livius und seinen Autoren schwerlich Unrecht, wenn man annimmt, daß sie die ungemeine Schwierigkeit der Sache auch nicht entfernt geahnt haben: ist doch sogar den Neueren das Hereinspielen der Verginiafrage in diese Dinge, soweit ich sehn kann, entgangen.

Der Antrag des Claudius³⁾ auf einstweiligen Besitz der Verginia entspricht völlig dem analogen bei Livius. Er betrachtet sich, da er das Ganze als *vindicatio in libertatem* ansieht, als vorläufigen und konstituierten Herrn der Verginia, offenbar auf Grund seines materiellen Rechtsanspruchs und er bietet sich demgemäß zum *vadimonium in iure sisti* bis zum Termin. Die folgende Opposition der Verwandten hat Dionysius unter zwei Rollen, Oheim und Bräutigam, verteilt, während Livius sich mit Icilius begnügte: offenbar fehlte über diese Verteilung jeder Anhalt in der Überlieferung. Was nun Numitorius sagt, ist sehr merkwürdig: er läßt sich zunächst ausführlich auf die Rechtsfrage ein, was bei Livius in diesem Stadium des Verfahrens nicht geschieht⁴⁾. Der

¹⁾ Puchta c. II. p. 373 n. ccc.

²⁾ Die *noxae datio* der uxor in manu hält überhaupt für ausgeschlossen Rudorff zu Puchta l. c. vergl. Voigt c. II. p. 596.

³⁾ Dionys. XI, 28: *ἀξιώ τὴν θυγατέρα τῆς ἐμῆς θεραπαινῆς ἄγειν καὶ δίκας ὑπέρχειν βουλόμενος, ἐὰν ἀντιποιῇται τις, ἐγγυητὰς καταστήσειν ἀξιώχρεως, ἄξειν αὐτὴν ἐπὶ τὴν δίκην. εἰ δὲ ταχέϊαν βουλευεῖται τις γενέσθαι διάγνωσιν, εἰσιμος ἐπὶ σοῦ λέγειν αὐτίκα μάλα καὶ μὴ διεγγυᾶν τὸ σῶμα μήτ' ἀναβολὰς τῷ πράγματι προσάγειν· ὁποτέρων δ' ἂν οὗτοι βουληθῶσι τῶν αἰρέσεων ἐλέσθωσαν.*

⁴⁾ Was die Tragweite der Differenzen bei L. u. D. und speziell das Verhältnis der Livianischen zur Dionysischen Quelle angeht, so verweise ich auf den zweiten Excurs, in dem diese Frage ausführlich behandelt ist (cf. p. 186).

Kern von Numitorius Ausführungen ist: Verginia habe bisher unbeanstandet für frei gegolten, es liege zunächst kein triftiger Grund vor, dies für einen Irrtum zu halten, folglich müsse Verginia bis zur Ankunft des Vaters frei sein, in dessen Gegenwart dann der Prozeß angestrengt werden könne. Wozu Numitorius sich hiernach allein erbieten kann, ist ein vadimonium in iure sisti für Verginia zu bestellen; allein auch bei Dionysius verquickt sich diese allein korrekte Auffassung mit der unseligen Vindizientheorie wie bei Livius. Statt den Aufschub jeder juristischen Handlung bis zur Ankunft des Vaters zu verlangen, erbietet er sich selbst zur Prozeßübernahme¹⁾. Man sieht den flagranten Widerspruch zwischen Anfang und Schluß dieser Replik, und zwar denselben Widerspruch, der sich an derselben Stelle bei Livius in dem Antrag der vindices herausgestellt hat: zuerst will Numitorius die Eröffnung des Verfahrens bis zum Eintreffen des Vaters verschoben wissen (*δίκην ἀπολογήσεσθαι*) als eine res integra, dann aber sollen doch nach Appius Gesetz vindiciae secundum libertatem gegeben werden, denn nur das kann gemeint sein, also muß der Sprecher doch das Verfahren in iure als Gegenpartei jetzt erledigen wollen, was auch darin liegt, daß er die *ἀντιποίησις* vornehmen will, die contravindicatio. Möglich, ja wahrscheinlich, daß Dionysius sich die hier auftauchenden Fragen selbst nicht klar gemacht, daß er den Unterschied des Verfahrens in iure von dem in iudicio überhaupt nicht begriffen hat und sich das Ganze nach der Analogie des attischen Verfahrens zurecht legte, welches gleichfalls bei dem Freiheitsprozeß das vadimonium certo die sisti kennt und anwendet.

Dieselbe Auffassung und denselben Dualismus finden wir denn auch in Appius erstem Dekret bei Dionysius²⁾.

¹⁾ Dionys. XI, 30: τὴν μὲν οὖν δίκην αὐτὸν ἔφη τὸν πατέρα περὶ τῆς θυγατρὸς ἀπολογήσεσθαι, παραγενόμενον ἀπὸ τῆς στρατιᾶς· τὴν δὲ τοῦ σώματος ἀντιποίησιν, ἣν ἔδει γενέσθαι κατὰ τοὺς νόμους, αὐτὸς ποιῆσθαι, θεῖος ὢν τῆς κῆρης καὶ τὰ δίκαια ὑπέχειν, οὐδὲν ἀξιώων οὔτε ξένον οὔτε ὁ μὴ καὶ τοῖς ἄλλοις ἀποδέδοται Ῥωμαίοις δίκαιον, εἰ μὴ καὶ πᾶσιν ἀνθρώποις, σώματος εἰς δουλείαν ἔξ ἑλευθερίας ἀγομένου μὴ τὸν ἀφαιρούμενον τὴν ἑλευθερίαν ἀλλὰ τὸν φυλάττοντα κύριον εἶναι μέχρι δίκης. ἔφη τε διὰ πολλὰς αἰτίας προσήκειν τῷ Ἀππίῳ φυλάττειν τοῦτο τὸ δίκαιον· πρῶτον μὲν, ὅτι τὸν νόμον τοῦτον ἅμα τοῖς ἄλλοις ἐν ταῖς δώδεκα δέλτοις ἀνέγραψεν

²⁾ Dionys. XI. 31: ἐγὼ μὲν τὸν νόμον, εἶπεν, οὐκ ἀγνοῶ τὸν ὑπὲρ τῆς ἐγγυήσεως τῶν εἰς δουλείαν ἀγομένων κείμενον, ὃς οὐκ ἔῃ παρὰ τοῖς ἀφαιρουμένοις εἶναι τὸ σῶμα μέχρι δίκης, οὐδὲ καταλύσαιμι ἂν, ὃν αὐτὸς

Es ist genau dasselbe Verhältnis, nur deutlicher hervortretend, wie an derselben Stelle des Livianischen Berichts: was den Vindizienparagraphen betrifft, so ist schon oben bemerkt worden: die Notwendigkeit der interimistischen Besitzregulierung *secundum libertatem* wird hier gesetzlich statuiert bei den *εἰς δουλείαν ἀγόμενοι* d. h. bei der *vindicatio e libertate in servitutum*. Betrachtet also Appius das Verfahren als *vindicatio in libertatem*, so darf er *vindiciae secundum servitutum* geben. Allein diese Konsequenz zieht der Dezemvir hier so wenig wie bei Livius, vielmehr tritt hier derselbe Quellenwechsel ein und wird auf jene zweite Variante eingegangen, wonach das erste Dekret motiviert erscheint durch Verginius Abwesenheit. Die Konsequenz ist denn auch, daß in beiden Berichten, wenn man die Sache unbefangen erwägt, der zweite Satz absolut keinen Zusammenhang mit dem ersten hat. In dem ersten wird von Vindizien gesprochen, also die Vornahme der *legis actio in iure* d. h. die Anwesenheit des Vaters vorausgesetzt, im zweiten die Entscheidung gerade auf dessen Abwesenheit basiert. Ganz dasselbe bei Livius, wo man noch sieht, wie in höchst ungeschickter Weise durch einige Partikeln der Versuch gemacht ist, den Riß zu überdecken. Der Satz über Vindizien gehört einer Quelle an, die Verginius von Anfang an entgegen sein liefs, der zweite einer ganz jungen Tradition, die Appius Entscheidung nicht mehr begriff und die daher auf das Auskunftsmittel verfiel, die Katastrophe auf die anfängliche Abwesenheit des Vaters zu basieren, was juristisch unmöglich und deshalb besonders unglücklich war, weil man den Vater bei dem alt und gut überlieferten Schlusseffekt doch nicht entbehren konnte. Ergänzt man diese beiden Quellen aus dem, was hier von ihnen erhalten ist, so ergibt sich: die ältere liefs Appius sagen, er betrachte auf Grund der von beiden Parteien vorgebrachten Behauptungen das Verfahren als *vindicatio in libertatem*, Verginius also als Eigentum des Claudius; folglich waren, wenn die *vindicatio* von Verginius sofort vorgenommen wurde, Claudius die Vindizien zu erteilen.

ἔγραψα ἑκὼν· ἐκεῖνο μέντοι δίκαιον ἡγοῦμαι, δοῦν ὄντων τῶν ἀντιποιοῦ-
μένων, κυρίου καὶ πατρός, εἰ μὲν ἀμφοτέροι παρήσαν, τὸν πατέρα κρατεῖν
τοῦ σώματος μέχρι δίκης. ἐπεὶ δ' ἐκεῖνος ἄπεισι, τὸν κύριον ἀπαγαγεῖν
ἐγγυητὰς ἀξιοχρεῶς δόντα καταστήσειν ἐπὶ τὴν ἀρχήν, διὰ δὲ πατὴρ αὐτῆς
παρουγένηται. περὶ δὲ τῶν ἐγγυητῶν καὶ τοῦ τιμῆματος καὶ τοῦ μηδὲν
ἡμᾶς ἐλαττωθῆναι περὶ τὴν δίκην πολλὴν ποιήσομαι πρόνοιαν, ὡς Νομίτοριε.

Diesen Verlauf muß die ältere Quelle dargestellt haben, welche in unseren ausführlichen Berichten über Appius Dekret durch die jedesmaligen Vordersätze repräsentiert wird. Die zweite jüngere ließ Appius erklären: die vindictio darf in Abwesenheit des Vaters nicht vorgenommen werden, dieser ist also herbeizuholen; und nun wurde in durchaus unjuristischer, ja man darf sagen, unlogischer Weise daraus deduziert, daß Claudius bis zur Ankunft des Vaters das Streitobjekt in Verwahrung nehmen dürfe.

In Übereinstimmung mit Livius giebt auch der Bericht bei Dionysius nach dem heftigen und drohenden Widerspruch von Verginius Freunden ein neues Dekret von Appius mit demselben Inhalt, das die Forderungen dieser Partei völlig befriedigt: es erfolgt Aufschub des Prozesses bis zur Ankunft des Vaters und Anerkennung von Verginias vorläufiger Freiheit¹⁾.

Dieses zweite Dekret gehört offenbar der jüngsten Überlieferung an: es beruht auf der anfänglichen Abwesenheit des Vaters, hat aber den Zweck, die hieraus sich ergebenden Konsequenzen durch Sistierung des Verfahrens wieder aufzuheben. Demgemäß findet denn auch die entscheidende Schlussszene in Gegenwart von Verginius statt, ja er gerade spielt in ihr die Hauptrolle. Und man sieht, wie unsäglich thöricht diese Geschichtsklitterung gewesen ist: man wollte Appius Entscheidung durch Verginius Abwesenheit motivieren, ließ ihn aber doch in der entscheidenden Scene dabei sein, denn freilich, ohne daß er dabei war, konnte er seine Tochter nicht töten, und dieser letzte Zug war so alt und sicher überliefert, daß kein späterer Annalist daran zu rütteln gewagt hat. Allerdings verlor man damit alles, was man etwa vorher für das Verständnis des Verfahrens gewonnen hatte, wenn auch dieser Gewinn auf einer sehr mangelhaften juristischen Einsicht beruhte: dieselben Gründe, welche am letzten Tage ausreichten, um Verginia ihrem Vater in dessen Gegenwart zu entziehen, hätten diesen Dienst auch von vornherein erweisen können. Der Verlegenheitsausweg der jüngeren Quelle war also nicht bloß juristisch undenkbar, sondern er

¹⁾ Dionys. XI, 32: *ἐγὼ τὸ μὲν ἀκριβὲς . . . περὶ τῆς διεγγυήσεως τοῦ σώματος . . . παρήμι· χαρίζεσθαι δ' ὑμῖν βουλούμενος πέπεικα τὸν ἐμὸν πελάτην, ἕως μὲν τοῖς συγγενέσι τῆς παρθένου δοῦναι τὴν διεγγύην, ἕως ὃ πατὴρ αὐτῆς παραγένηται. ἀπάγεσθε οὖν, ὦ Νομίτοριε, τὴν κόρην καὶ τὴν ἐγγύην ὁμολογεῖτε περὶ αὐτῆς εἰς τὴν αὔριον ἡμέραν.*

konnte gar nicht zu Ende geführt werden gegenüber dem feststehenden Tode des Mädchens und der nicht minder fest überlieferten Art dieser Katastrophe. Möglich, daß die Quelle, welche jenen Ausweg erfand, auch nicht davor zurückschreckte, den Vater bis zum Schluß fernzuhalten und etwa dem Bräutigam dessen Rolle zu übertragen: dies wäre wenigstens konsequent gewesen, aber unsere Überlieferung bewahrt davon nicht die leiseste Spur. Sondern nachdem sie das Wunderding zu stande gebracht hat, einen Prozeß beginnen zu lassen, ohne daß die eine der dazu nötigen Parteien gegenwärtig ist, löst sie wie die Penelope der Sage ihr immerhin kunstfertiges Gewebe mit großem Eifer wieder auf, so daß niemand begreift, weshalb sie es eigentlich gewoben hat: der Prozeß wird doch bis zur Ankunft des Vaters sistirt. Damit ist man denn glücklich wieder am Anfange des Ganzen, und der *circulus vitiosus* hat ein Ende; ein Ende freilich auch die Weisheit wenigstens derjenigen antiken Historiker, die der jungen Quelle ganz oder vorzugsweise folgten: denn da diese die Abwesenheit des Vaters zur Erklärung des ihr unverständlich gewordenen Prozeßberichts ersann, so mußte sie notwendig ratlos sein in dem Augenblick, wo sie dieses Auskunftsmittel fallen ließ, um einen Konflikt mit festgewordenen Bestandteilen der Überlieferung zu vermeiden.

Den frappanten Ausdruck dieser Ratlosigkeit finden wir bei Livius, der sich im großen ganzen am treuesten der jüngeren Quelle anschloß und der nur an einzelnen Stellen, wie wir sahen, die ältere durchblicken ließ. Livius bemerkt zur Erklärung der Katastrophe (III, 47):

Appius . . . in tribunal escendit, et ultro querente pauca petitorum quod ius sibi pridie per ambitionem dictum non esset, priusquam aut ille postulatum perageret aut Verginio respondendi daretur locus, Appius interfatur. quem decreto sermonem praetenderit, forsitan aliquem verum auctores antiqui tradiderint; quia nusquam ullum in tanta foeditate decreti veri similem invenio, id, quod constat, nudum videtur proponendum, decreuisse vindicias secundum servitutum.

Also hier kehrt Livius zu der von ihm meist beiseite gesetzten älteren Überlieferung zurück, wonach Appius Unrecht in Verginius Gegenwart und zwar durch die auf Grund einer falschen Sachentscheidung erfolgte ungerechte Vindizienregulierung be-

gangen wurde. Dies setzt voraus, daß das Verfahren in iure jetzt beginnt, also vorher nichts Entscheidendes geschehn ist, und diese Sachlage findet ihren Ausdruck in den Claudius in den Mund gelegten Worten: *quod ius sibi pridie dictum non esset*. Weissenborn bemerkt ganz richtig, daß nach diesen Worten zu schliessen Appius erstes Dekret, wonach V. bis zur Ankunft ihres Vaters Claudius zugesprochen wird, durch sein zweites Dekret aufgehoben sein mußte. Bei der Besprechung jener beiden Dekrete haben wir gesehen, daß aus Appius und Icilius Worten an jener Stelle dasselbe sich zur Evidenz ergibt: wir können jetzt weiter gehn und sagen, daß alles, was in jenem Bericht mit Verginius Abwesenheit zusammenhängt, also jenes ganze erste Dekret, sich als Interpolation der jüngeren Quelle charakterisiert.

Bei Dionysius¹⁾ wird dann die Katastrophe in anderer Form herbeigeführt, durch eine scheinbare Definitivsentenz des Beamten, der auf Grund angeblicher eigener Kenntniß die von Claudius vorgetragene Darlegung, Verginia sei als Kind von Numitoria gestohlen worden, zu glauben sich den Anschein giebt und darauf hin das Mädchen seinem Klienten ausliefert. Wie schon bemerkt wurde, kann diese Darstellung nur auf einem Mißverständnis unseres Autors beruhen.

Bei einer Definitivsentenz war nicht Appius der Richter, sondern ein *iudex privatus*²⁾.

¹⁾ Dionys. XI, 36: οὐδὲν ἄδικον ἀξιοῖ, τὴν ἐκ τῆς ἐναντοῦ θεραπαινῆς γεγονυῖαν ἀπάγειν βουλόμενος. εἰ μὲν οὖν ἀλλήλους ἔπεισαν αὐτοί, καλῶς ἂν εἶχεν· ἐπεὶ δ' εἰς ἀμφισβήτησιν ἦλθε τὸ πρᾶγμα, μαρτυρῶ τ' αὐτοῖς ταῦτα καὶ χρεῖναι τοῦτον τῆς παιδίσκης κύριον. Damit entspricht Appius genau dem Begehren des Klienten, der zu Beginn der Verhandlung verlangt hatte: τὸν Ἀππίον γενέσθαι δικαστὴν τοῦ πράγματος, μηδεμίαν ἀναβολὴν ποιησάμενον.

²⁾ Dionysius führt (IV, 25 cf. II, 14) die Trennung von ius und iudicium auf Servius zurück, Cicero (de re p. V, 2) auf den Beginn der Republik. (cf. Puchta J. I. p. 426a. Wach zu Keller p. 3 n. 6.) Die Trennung von ius und iudicium ist so alt wie das römische Prozeßrecht. In den XII Tafeln wird das Institut des *iudex privatus* nicht etwa neu eingeführt (wie Soltan, Kompetenz p. 39 f. 48 will), sondern es erscheint dort schon in voller Ausbildung. cf. Karlowa, Civilprozefs p. 47 f.

Daß wir in der Republik die *iudices decemviri* als Freiheitsrichter finden, ist bekannt und die Vermutung Mommsens sehr einleuchtend (Staatsrecht II², 1 p. 592), „daß die Motivierung des Sturzes der Decemviri legibus scribundis durch den Freiheitsprozefs der Verginia in der älteren

Hinzu kommt als entscheidendes Moment die Thatsache, daß, wenn Verginius einem ihm ungünstigen Definitivurteil den Gehorsam versagte, er rechtlich nicht zur Auslieferung seiner Tochter, sondern nur zur Erlegung der Litisästimation im Exekutivprozeß angehalten werden konnte: es giebt eben keine Exekution in rem ipsam bei der Sakramentalklage¹⁾. Also es lag in Appius' Interesse, das Verfahren nicht in die Schlusssentenz auslaufen zu lassen, wo selbst ein siegreiches Urteil ihm nichts nützte. Er konnte seinen Zweck nur auf einer Station erreichen, die das Verfahren bis zu seinem Ende zurückzulegen hatte. Diese ist eben die Vindizienregulierung nach vorausgehender Entscheidung der Präindizialfrage. Claudius verlangte auf Grund seiner Darstellung Anerkennung der Thatsache, daß Verginias Freiheit als *dolos* zu betrachten sei, und demgemäß Regulierung der Vindizien *secundum servitutum*. Appius, der, falls er den Prozeß als *vindicatio in libertatem* d. h. Verginias Freiheit als *dolos* ansieht, in der Erteilung der Vindizien freie Hand hat, giebt dem Antrag seines Klienten Folge.

Die Darstellung des Claudius ist voraussichtlich jungen Ursprungs; denn nach ihr ist zwar vom Standpunkt der Anklage der *dolus malus* der Numitoria zweifellos, allein nicht der des Verginius, um den es sich bei der Anklage zunächst handeln würde. Freilich hat dieser für die Handlungsweise der Frau einzustehn, allein gerade diese Verquickung mit den Principien des Noxalrechts²⁾ macht, wie schon bemerkt, die vorliegende Erzählung für ihre Zwecke fast unbrauchbar. Allein für die Sache

Erzählung mit der darauf folgenden Erneuerung des Dezemviralgerichtshofs für Freiheitssachen in engerem Zusammenhang gestanden als dieser in den uns vorliegenden Berichten erscheint.“

¹⁾ Man darf kein besonderes Gewicht darauf legen, daß nur in diesem Stadium ein Urteil über den status des Mädchens überhaupt gesprochen werden kann: im Hauptprozeß würde nur ein Ausspruch über die Sakramente erfolgt sein. Dies kann eben nur subsidiär herangezogen werden, weil der Einwand selbstverständlich ist, daß unsere Autoren oder ihre Quellen das Endurteil aus dem Formalen in das Sachliche übersetzt haben.

²⁾ Eine leise Mahnung an diesen Konflikt bei Dionys. XI, 36: *εἴτε βουληθεῖη τὴν παιδίσκην ἀπάγειν εἴτε διαλύσασθαι πρὸς τοὺς τρέγοντας αὐτὴν χρήμασι*. Ich habe früher geglaubt annehmen zu sollen, daß etwa ein Jurist diesen Bericht durchkorrigiert und damit habe sein Gewissen beschwichtigen wollen. Würde indessen diese Annahme nicht mehr aufrecht erhalten können.

ist das gleichgiltig. Offenbar waren in der älteren Überlieferung die Gründe, welche Claudius für seinen Antrag anführte, nicht mitgeteilt und wurden später schlecht hinzuerfunden: wir dürfen aber Appius zutrauen, da er seine Kreatur sagen lassen konnte, was er wollte, daß er ihr eine Darstellung in den Mund legte, die, wenn er sich den Anschein gab, sie zu glauben, ihm das Verfahren rechtlich ermöglichte, welches er einschlug.

Was nun die spätere allmähliche Umwandlung des Vindizienparagraphen betrifft, so mögen gerade Fälle wie der Verginia-prozess das Mißliche des älteren Gesetzes gezeigt und so die Wege zu der späteren Übung geebnet haben. Ja es ist nicht unmöglich, daß wir schon in den ältesten Berichten des Prozesses eine Art von umgekehrtem ätiologischem Mythos, eine Tendenz-erfindung zu sehen haben, welche die Gefahren der bestehenden Ordnung und die Notwendigkeit der Korrektur grell beleuchtete.

Die späteren Berichte über unseren Prozess hängen fast sämtlich von dem bei Livius ab und verschlechtern dessen Erzählung teils durch Mißverständnisse, teils durch Verkürzungen, zu welchen sie durch die Ökonomie des Ganzen gezwungen waren¹⁾.

Schließlich habe ich hier, wo ich die Verginiafrage verlasse, zu bemerken, daß die bisherige Auffassung des Vindizienparagraphen der XII Tafeln zwar nie wissenschaftlich angegriffen worden ist, daß aber doch Bekker²⁾ in den Aktionen die Empfindung gehabt und ausgesprochen hat, es müsse in der bisherigen Auffassung der Sache etwas nicht in Ordnung sein.

7. Der Sturz des Decemvirats.

Es wäre eine wünschenswerte Aufgabe, die hier gewonnenen Resultate über das Verhältnis unserer Quellen der Decemviralzeit zu einer genauen Analyse der erhaltenen Autoren zu benutzen; allein die Lösung dieser Aufgabe liegt außerhalb der Grenzen unseres Themas und könnte nur in einer Monographie über den De-

¹⁾ Valer. Max. VI, 1, 2. Sueton Tiber 2. Flor. I, 24. Eutrop. I, 18. Auctor de v. i. 21. Sch. in Juv. p. 331. Orosius II, 13. Zonaras VII, 18. cf. Schwegler c. III p. 52. Hildesheimer de libro de vir. ill.

²⁾ Bekker, Aktionen I p. 210 n. 9: „Beiläufig: Sind stets vindiciae secundum libertatem gegeben? Oder galt hier in ältester Zeit die gewöhnliche Regel, allmählich brach die humane Ausnahme ein, und erst, nachdem der allgemeine Volkswille sich eklatant wider Appius Claudius erklärt hatte, fiel es keinem Magistrat mehr ein, auf das alte Recht sich zu versteifen?“

cemvirat gegeben werden. Nur die mit dem Tode der Verginia unmittelbar zusammenhängenden Vorgänge, welche zum Sturz der Zehnänner geführt haben, will ich quellenkritisch behandeln, um dabei gleichzeitig die Probe zu machen, ob die hier gewonnene Formel die Anwendung auf unsere Quellen in weiterer Ausdehnung gestattet.

a. Diodor berichtet:¹⁾

αὐτὸς (sc. ὁ πατήρ) ἐκ τῆς πόλεως ἐκπηδήσας ἀπῆλθε πρὸς τὸ στρατόπεδον τὸ ἐν τῷ Ἀλγίδῳ καλουμένῳ τότε ὑπάρχον. καταφυγὼν δ' ἐπὶ τὸ πλῆθος καὶ μετὰ δακρύων τὴν κατ' αὐτὸν συμφορὰν ἀπαγγέλλας, ἅπαντας εἰς ἔλεον ἤγαγε καὶ πολλὴν συμπάθειαν. πάντων δ' ἐπιβοηθεῖν τοῖς ἡτυχηκόσιν ὀρμησάντων μετὰ τῶν ὀπλῶν νυκτὸς εἰς τὴν Ρώμην εἰσέπεσον. οὗτοι μὲν οὖν κατελάβοντο λόφον τὸν ὀνομαζόμενον Ἰουεντίνον. ἅμα δ' ἡμέρα γνωσθείσης τῆς τῶν στρατιωτῶν μισοπονηρίας οἱ μὲν δέκα νομογράφοι βοηθοῦντες τῷ συνάρχοντι συνῆγον πολλοὺς τῶν νέων, ὡς διὰ τῶν ὀπλῶν κριθησόμενοι. μεγάλης ἐμπεισούσης φιλοτιμίας οἱ χαριέστατοι τῶν πολιτῶν, προσορώμενοι τὸ μέγεθος τοῦ κινδύνου διεπρεσβεύσαντο πρὸς ἀμφοτέρους περὶ συλλύσεως, καὶ μετὰ πολλῆς σπονδῆς ἐδέοντο λῆξαι τῆς στάσεως καὶ μὴ περιβαλεῖν τὴν πατρίδα μεγάλας συμφοραῖς. τέλος δὲ πεισθέντων ἀπάντων ὁμολογίας ἔθεντο πρὸς ἀλλήλους, ὥστε δέκα αἰρεῖσθαι δημάρχους μεγίστας ἔχοντας ἔξουσίας τῶν κατὰ πόλιν ἀρχόντων καὶ τούτους ὑπάρχειν οἰονεῖ φύλακας τῆς τῶν πολιτῶν ἐλευθερίας, τῶν δὲ κατ' ἐνιαυτὸν γινομένων ὑπάτων τὸν μὲν ἓνα ἐκ τῶν πατρικίων αἰρεῖσθαι καὶ τὸν ἓνα πάντως ἀπὸ τοῦ πλῆθους καθίστασθαι, ἔξουσίας οὐσης τῷ δήμῳ, καὶ ἀμφοτέρους τοὺς ὑπάτους ἐκ τοῦ πλῆθους αἰρεῖσθαι.

Sehen wir von der Gesetzgebung ab, welche das Versöhnungswerk krönte,²⁾ so finden wir hier alle diejenigen Elemente, aus denen die spätere Erzählung herauswuchs. Die Thatsache, daß

¹⁾ Diodor XII, 24 f.

²⁾ Über diese verweise ich auf Mommsen, welcher bemerkt, daß Diodor, der auf die Gesetzgebung von 366 weiterhin keine Rücksicht mehr nimmt, hier offenbar die gesamte Verfassungsentwicklung bis 366 auf das Jahr 448 zusammengedrängt hat. Daß übrigens die Leges Duiliae (Livius III, 55) und die zweite und dritte Valeria Horatia Doubletten sind, liegt auf der Hand. Mit den Angaben der ersteren stimmt bis zu einem gewissen Grade Diodor überein.

hier, wie in allen solchen Fällen, die revolutionäre Erhebung von der Armee als der einzigen unabhängig gebliebenen Macht ausging, ist in dem Umstande verkörpert, daß Verginius die Armee aufwiegelt. Wir erkennen hierin auch den Grund, weshalb die spätere Annalistik den Vater des Mädchens zum Unteroffizier gemacht hat, was er bei Cicero noch nicht ist: diese Kombination paßte jenen Autoren um so besser, als sie daraus einen schicklichen Vorwand entnehmen konnten, die Katastrophe in Abwesenheit des Vaters wenigstens sich vorbereiten zu lassen, welche Abwesenheit zu einer scheinbaren Motivierung des Ausganges sich benutzen liefs. Wir sehen, wie hier die Räder von verschiedenen Seiten her ineinandergreifen. Die Operationen der aufständischen Armee bei Diodor sind ebenso natürlich und zweckentsprechend wie diejenigen der in der Stadt zurückgebliebenen Mittelpartei: jene besetzen den Aventin und rüsten zur Schlacht, diese verhandeln mit der Decemviralpartei und der Armee gleichmäßig und bahnen so die Versöhnung an. Die Namen der Gesandten scheint bereits eine relativ alte Überlieferung enthalten zu haben: ¹⁾ Sp. Tarpeius, C. Julius, P. Sulpicius werden bei Livius ²⁾ als diejenigen genannt, die nach Senatsbeschluss auf den Aventin geschickt werden, und auf dieselben Männer spielt Cicero ³⁾ an. Übrigens müßte nach diesem Bericht angenommen werden, daß die Gesandten schon in das Lager kamen; wahrscheinlich war dies eine Verlegenheitswendung, weil man später die Gesandtschaft verdoppelte und anfangs noch nicht so

¹⁾ Wer die ältere römische Geschichte quellenkritisch behandelt, wird stets die Erfahrung machen, daß hier mit einer inkommensurablen Größe zu rechnen ist: ich meine die Frage, ob Diodor, was er nicht giebt, schon in seiner Quelle nicht fand, oder ob er es wegstrich, weil es ihm für seinen Zweck, eine Übersicht zu geben, zu viel war: eine Frage natürlich, die sich immer nur von Fall zu Fall und immer nur annähernd erledigen läßt. Dies ist hauptsächlich der Grund für die Unsicherheit, über welche unsere Untersuchung der älteren römischen Geschichte nicht hinauskommt.

²⁾ Livius, III, 50.

³⁾ Cic. fr. Cornel. I, 24: Tum interposita fide per tres legatos, amplissimos viros, Romani armati revererunt; in Aventino consederunt; inde armati in Capitolium venerunt; decem tribunos plebis per pontificem, quod magistratus nullus erat, creaverunt.

Hier scheint Ciceros Kommentator Asconius ausnahmsweise das Richtige getroffen zu haben, wenn er hinzufügt (Asconius p. 69 K): legati tres, quorum nomina non ponit, hi fuerunt: Sp. Tarpeius, C. Julius, P. Sulpicius, omnes consulares; pontifex maximus fuit M. Papirius.

A. M. Niese, observationes c. p. X ff.

weit war, auch die Bewegungen der Armee dementsprechend zu verdoppeln. Diese letztere Erweiterung finden wir dann aber schon bei Cicero.¹⁾ Die Quelle der Interpolation liegt außerordentlich nahe und ist zum Überfluß da, wo sie zuerst auftritt, noch ausdrücklich angegeben: setzt sich doch die spätere Überlieferung des Decemvirats aus Reminiscenzen an den Sturz des Königtums und die Einführung des Tribunats zusammen. So war es denn natürlich, daß die Valerier und Horatier bei dem Versöhnungswerk nicht fehlen durften, und es lag um so näher, sie in diese Dinge hineinzuziehen, weil sie durch das Konsulat des folgenden Jahres an und für sich schon als diejenigen erschienen, welche die endgültige Neuordnung der Dinge ins Leben riefen.²⁾ Wenn das in einer älteren Quelle allgemein betont war, etwa wie uns eine solche noch heute bei Cicero vorliegt:³⁾

ne L. Valerium quidem Potitum arbitror non aliquid potuisse dicendo, qui post decemviralem invidiam plebem in patres incitatum legibus et contionibus suis mitigaverit,

so konnte die Interpolation der jüngeren Annalistik leicht Eingang finden. Es ist interessant zu sehen, mit welcher naiver Harmlosigkeit die Schriftsteller der Sullanischen Zeit hier die verschiedenen Überlieferungen zusammenstellten. Die Gesandtschaft der drei Konsulare war gut bezeugt und blieb deshalb stehn; da man aber Platz brauchte für Horatius und Valerius, so mußte man sie wieder von der Bühne abtreten lassen, und so wurde einfach fingiert, die Armee hätte sie abgewiesen und jene beiden als Unterhändler verlangt. Man erkennt den späten Ursprung dieser Verlegenheitswendung an der farblosen und widerspruchsvollen Darstellung bei Livius:⁴⁾ der Senat erkennt die Gefahr der Lage nicht bloß, sondern auch das berechnete Element in den Beschwerden der Aufständischen: nihil placet aspere agi: quippe ab ipsis datum locum seditioni esse. Demgemäß wird die Friedensgesandtschaft abgeschickt, und offenbar werden Leute dazu gewählt, die selbst den Frieden wollen und dem Volke die nötigen Garantien dafür in ihrer Persönlichkeit bieten können. Allein diese Männer benehmen sich so hoch-

¹⁾ Cic. de re publ. II, 37: milites bellum illud, quod tum erat in manibus, reliquisse et primum montem sacrum, sicut erat in simili causa antea factum, deinde Aventinum armatos insedissee.

²⁾ cf. Weissenborn zu Livius III, 39, 3.

³⁾ Cicero Brutus XIV, 54 cf. de rep. II, 31, 54.

⁴⁾ Liv. III, 50.

fahrend und so unklug, daß ihre Mission notwendig scheitern mußte. Ganz natürlich, denn dieses Scheitern brauchte die jüngere Annalistik, um für Valerius und Horatius Platz zu schaffen. Bei Cicero sind es jene drei, welche die Sache in friedlichem Sinn beilegen. Daß Valerius und Horatius ihre populäre Stellung eben der Gesetzgebung des Jahres 448 verdanken und also dem Volk zunächst kaum bekannt sein können, hat jene Autoren offenbar nicht gekümmert: es störte sie nicht, kommende Ereignisse ihre Schatten auf die Vergangenheit zurückwerfen zu lassen.¹⁾ Zu dieser Interpolation paßte dann die zweite, die *secessio in montem sacrum*, welche wir schon bei Cicero fanden, freilich hier vor der Besetzung des Aventin, während sie bei Livius derselben und der mißglückten Gesandtschaft der drei Konsulare nachfolgt. Es liegt eben im Wesen solcher Doubletten und Interpolationen, daß sie eine Weile gewissermaßen zeitlos umherirren, ehe sie sich entschließen, irgendwo selbsthaft zu werden. Bis das geschehen ist, haben die Autoren in ihrer Placierung noch freie Hand: die Quelle Ciceros ging vielleicht von der Erwägung aus, daß nach der Besetzung des Aventin die Occupation des *mons sacer* militärisch völlig verkehrt ist, während in der umgekehrten Reihenfolge eine wohlberechnete taktische Steigerung gesehen werden kann. Bei Livius, der sich diese Skrupel wie gewöhnlich nicht gemacht hat, finden wir dann einen sehr zweckmäßig verwandten Parallelismus der Ereignisse und der Darstellung. Die drei Konsulare werden nach dem Aventin geschickt und von den Aufständischen abgelehnt, die vielmehr nur mit Valerius und Horatius unterhandeln wollen. Die Armee vereinigt sich mit dem sabinischen Korps, und nun erfolgt die *secessio in montem sacrum*, bei der Valerius und Horatius dieselbe Rolle spielen wie der Volksfreund Menenius Agrippa bei ihrem Vorbild.

Dieser Vereinigung mit der sabinischen Armee haben wir endlich noch zu gedenken. Die älteste Überlieferung weiß von der Existenz derselben ebensowenig, wie von dem Verbrechen, welches sie gegen Rom in Bewegung setzte: es war das die Ermordung des Siccus.²⁾ Trotzdem liefs man es sich natürlich nicht entgehen,

¹⁾ Man braucht nicht anzunehmen, daß etwa aus dieser Erwägung heraus die demokratischen Reden beider in der Senatsdebatte bei Livius III, 39 ff. eingefügt sind. Die Hervorhebung jener Männer lag von vornherein in dem Plan des Annalisten, auf den diese Parteien zurückgehen.

²⁾ Livius III, 43. Dion. XI, 25 ff. cf. Liv. III, 51. Mommsen, Forschungen I, p. 110. Niese *observationes* l. c.

auch hier an Verginia anzuknüpfen: Icilius und Numitorius waren die Mittelglieder, welche die Kunde in das Lager brachten und damit die Explosion hervorriefen. Aber während bei Livius die Vereinigung auf dem Aventin nach Abweisung der konsularischen Gesandtschaft und vor der secessio in montem sacrum stattfand, steht bei Dionysius diese Vereinigung, welche an demselben Ort erfolgt, an der Spitze der Ereignisse, und wir haben, da hier eine größere Lücke bei diesem Autor vorliegt, die Wahl, ob wir annehmen sollen, daß er in dem Folgenden nach seiner besseren Quelle nur eine Gesandtschaft erzählte und die secessio übergang, oder daß er nur eine Umstellung der bei Livius vorhandenen Elemente vornahm.

In diesem Zusammenhang darf das Urteil nicht übergangen werden, zu welchem Nitzsch in seiner Quellenanalyse bei diesem Abschnitt gelangt ist. Sein Endresultat, daß Livius und Dionysius in dem Prozeßbericht nur eine und dieselbe Quelle benutzt haben, und daß diese Berichte in sich selbst keine und mit einander verglichen nur eine geringfügige, aus Mißverständnis zu erklärende Divergenz zeigen, kann auf Grund der vorliegenden Untersuchung wol als ein hervorragender Mißgriff bezeichnet werden; prüfen wir kurz die Motivierung desselben. Nitzsch bemerkt¹⁾: „Von den Senatsdebatten des dritten Jahres Livius III, 39ff und Dion. XI, 4ff hat schon Niebuhr bemerkt, daß sie „demselben Annalisten“ nacherzählt sind . . . die kriegsgeschichtlichen Data Liv. a. O. 41 f. und Dion. a. O. 23 entsprechen sich ebenfalls. Und über die folgende Geschichte des Siccus und der Verginia dürften wir ebenso kurz hinweggehen, wäre nicht die scheinbar verschiedene Darstellung des „frühesten im Detail beschriebenen Civilprozesses“ so häufig der Gegenstand juristischer und historischer Untersuchungen gewesen . . . Man hat in der Darstellung des Livius beim Anfang des Prozesses die Abwesenheit eines vindex als eine besondere Schwierigkeit aufgefaßt, die bei Dionys, wo Icilius und Numitorius von Anfang an gegenwärtig sind, wegfällt. Die einfachste Erklärung ist unzweifelhaft die, daß Livius nur durch eine Leichtfertigkeit in der Erzählung, ohne an die Erfordernisse des Legislationenprozesses zu denken, Oheim und Bräutigam seiner Heldin, die in seiner Quelle wie bei Dionysius rechtzeitig da waren, nachkommen ließ. Daß diese Er-

¹⁾ Nitzsch, *Annalistik* p. 143.

klärung aber auch die berechtigte ist, ergibt eine genauere Betrachtung jener Senatsdebatte ganz unzweifelhaft.

Hier hatten beide Erzähler dieselbe Darstellung vor sich, der sie beide folgten.“

Allein diese Erklärung ist trotz ihrer Einfachheit, wenn anders die hier gewonnenen Resultate zutreffen, irrtümlich.

Davon abgesehen trifft auch die ganze Frage nicht die wirklichen Differenzen des Berichts.

Bedenklicher aber als diese Unterlassung, welche nur zeigt, daß Nitzsch die Berichte nicht genau untersucht hat, ist die von ihm gegebene Rechtfertigung seiner Methode. Denn wenn Livius und Dionysius in dem Bericht über eine Senatsverhandlung übereinstimmen (Livius III, 39—41 = Dionys. XI, 4—22) und demnach hier voraussichtlich auf dieselbe Quelle zurückzuführen sein werden, so liegt darin doch ganz gewiß keine Garantie dafür, daß dieselben Autoren in dem Verginiaprozess übereinstimmen müssen, zu welchem jene Senatssitzung in keiner direkten Beziehung steht. Und wenn Livius nicht an die Erfordernisse des Legisaktionsprozesses gedacht haben soll, als er den Prozess ohne Vertreter der Verginia beginnen ließ, so ist bekannt, daß in dem römischen Prozess aller Perioden die Anwesenheit beider Parteien resp. ihrer Vertreter nötig war. Da nun aber Verginia als Prozessobjekt nicht Prozesspartei sein kann, so kann allerdings der Prozess ohne Anwesenheit ihres legitimen Vertreters, des Vaters nämlich, nicht beginnen. Aber das hat mit den „Erfordernissen des Legisaktionsprozesses“ lediglich nichts zu thun: es wäre im Formularverfahren ganz ebenso gewesen.

Nitzsch behandelt dann die Senatsdebatte, auf die ich hier nicht näher eingehen will, und schließt seine Ausführungen mit den Worten: „Man sieht, es war ein breit angelegtes und ausgeführtes Gemälde einer leidenschaftlichen Debatte, bei dessen Kopierung oder Nachbildung bald der eine bald der andere dieser Autoren auslief und umstellte, wie es ihm am besten schien. Und nicht anders haben sie es mit der Geschichte des Siccius gemacht . . . nicht anders mit dem Prozess der Verginia und dem daran sich knüpfenden Drama bis zum Sturz der Gewalt-herrschaft.

Es verlohnt sich wirklich nicht, hier weiter ins Detail zu gehen.“

8. Übersicht der bisherigen Resultate.

Die Schwierigkeit in unsrer den Prozeß um Verginia betreffenden Überlieferung liegt in der Thatsache, daß gerade die alte und gute Tradition Appius die Vindizien secundum servitutum erteilen liefs, während unsere juristische Theorie den Satz aufstellt, daß im Freiheitsprozeß stets vindiciae secundum libertatem zu geben sein.

Eine genaue Untersuchung hat ergeben, daß in Wirklichkeit die XII Tafeln bei der Vindizienregulierung im Freiheitsprozeß zwischen vindicatio in libertatem und in servitutum unterschieden. Bei der ersteren, d. h. falls das Streitobjekt sich bisher in der Sklaverei oder nur doloser Weise in Freiheit befand, überließen sie die Vindizienerteilung dem Ermessen des Gemeindebeamten. Dagegen bei der vindicatio in servitutum, d. h. wenn das Streitobjekt bisher frei oder nur durch augenscheinlichen Dolus, z. B. durch eben geschehenen Raub in die Gewalt seines augenblicklichen Herrn gebracht war, so verlangten die XII Tafeln bei der Vindizienerteilung Erhaltung resp. Wiederherstellung der Freiheit, also vindiciae secundum libertatem.

Hiegegen sachlich gefehlt zu haben ist das Unrecht des Decemvir in der alten Tradition gewesen: er hatte kraft magistratischer Kognition die Vorfrage zu entscheiden, ob vindicatio in libertatem oder in servitutum vorliege, d. h. ob Verginius faktisch (nicht rechtlich) sich im Moment der Klaganstellung im Besitz der väterlichen Gewalt über Verginia und zwar bona fide befunden habe. Dieses letztere verneinte Appius; er erklärte demnach den Prozeß für eine vindicatio in libertatem und hatte nun das volle Recht, vindiciae secundum servitutum zu geben. Die Schädlichkeit dieses Vindizienrechts zu demonstrieren, war voraussichtlich die Veranlassung entweder für die Erfindung oder doch für die Ausgestaltung der Verginialegende bis in die Zeit der mittleren Annalistik.

Die älteste Überlieferung knüpfte den Sturz des Decemvirats an eine militärische Revolte, die in einer Quelle durch den Tod des Siccus motiviert war: Ausschreitungen der Regierenden in der Stadt, wie bei dem Fall der Verginia, mochten zur Verschärfung der Mißstimmung hinzukommen. Später brachte man diese Momente in einen äußeren Zusammenhang, indem man den Vater des Mädchens zum Unteroffizier machte; ein Angriff auf sie schien durch die dann notwendige Abwesenheit des Vaters erleichtert zu werden. Diese Abwesenheit benutzte man denn auch zur an-

geblich juristischen Motivierung der gegen Verginia gerichteten Schlusssentenz um so lieber, als man die richtige wegen der inzwischen eingetretenen Veränderung des geltenden Prozessrechts nicht mehr verstand.

Das Formularverfahren kennt keine Vindizien und erst recht nicht die Willkür der Vindizienerteilung. Der Grundsatz der Erhaltung des *status praesens pendente lite* war hier durchgedrungen, nachdem gleichzeitig eine richterliche Würdigung dieses *status* ermöglicht war. So enthielt der Vindizienparagraph der XII Tafeln, der in der ersten Periode eine der im römischen Recht so häufigen Ausnahmsbestimmungen zu Gunsten der Freiheit war, in der zweiten Periode etwas Selbstverständliches. Ob nun Umgehungen dieses Paragraphen, wie in dem etwaigen Fall der Verginia, mitwirkten, läßt sich nicht ausmachen, thatsächlich wurde im Lauf der mittleren, vielleicht erst der späteren Republik dieser Satz auf jede Freiheitsklage ausgedehnt, und die durchgängige Freilassung des *litigans* in der *causa liberalis* erst Übung, dann Princip, beides offenbar auf Grund des prätorischen Ediktum. Neben dem *favor libertatis*, wie er dieser auf ihre bürgerliche Freiheit stolzen Nation so wohl anstand, mochte auch die Beobachtung dahin führen, daß der bisherige Herr, in der vollen Ausbeutung des im Prozeß begriffenen Sklaven ohnedies gehindert und mit dem möglichen Verlust desselben bedroht, gerade die letzten Tage seiner Macht in einer Weise anwandte, die dem Humanitätsbegriff selbst der alten Völker widerstrebte. Diese Erwägung wird es auch gewesen sein, welche, wenn auch unausgesprochen, die Modernen verleitete, die Freilassung des Streitobjekts auch bei der *vindicatio in libertatem* ohne weiteres als selbstverständlich vorauszusetzen, um so mehr, da diese häufiger, als man anzunehmen geneigt sein würde, mit der in *servitutum* verwechselt wurde¹⁾.

Die jüngere Annalistik, welche von dem Princip der durchgängigen Freilassung des Streitobjekts während des Prozesses bereits

¹⁾ z. B. Schwegler (R. G. III, p. 54) sagt von dem angeblichen Gesetz der interimistischen Freilassung des *litigans*: „Es muß im Altertum überall gegolten haben, wo Sklaverei bestand. Denn ein Weib, das in den Stand einer Sklavin auch nur vorübergehend trat, war durch nichts gegen entehrende Mißhandlung gesichert, mochte immerhin der Prozeß am Ende zu ihren Gunsten entschieden, durch Richterspruch ihr die Freiheit wiedergegeben werden: was sie in der Zwischenzeit als Magd erduldet, konnte kein Richter ungeschehen machen.“

ausging, war demnach nicht in der Lage, die zumal kurze Darstellung der älteren Berichte zu verstehn. Sie konstruierte eine andere Motivierung, welche, auf dem Gegensatz von Gewaltfreiheit und Gewaltunterworfenheit beruhend, die Abwesenheit des Vaters als des allein berechtigten Kontravindikanten zur Voraussetzung hatte, obwohl diese Abwesenheit juristisch den Prozeß unmöglich macht.

Appius erklärte nach ihr: Der allein berechnigte Kontravindikanter sei Verginius, folglich sei derselbe herbeizuschaffen, inzwischen aber das Mädchen dem Klienten auszuliefern. Der Widersinn dieser Entscheidung liegt auf der Hand. Aus dem vollkommen zutreffenden Vordersatz hätte vielmehr der Schluß gezogen werden müssen, daß der Prozeß in Abwesenheit des bisherigen Vaters nicht begonnen, also auch noch keine Amtshandlung in demselben vorgenommen, vielmehr der bisherige Zustand lediglich aufrecht erhalten werden dürfe.

Davon abgesehen versagte diese Verlegenheitswendung bei der Schlußkatastrophe gegenüber der einmal feststehenden Überlieferung von Verginias Tode und damit an der entscheidenden Stelle. Diese Sullanische Annalistik findet sich kontaminirt mit unverstandenen Resten der besseren Tradition bei Livius und Dionysius, und zwar bei beiden in z. Th. verschiedenartiger Mischung; die ältere bei Diodor sowie teilweise bei Pomponius und Cicero.

III.

Der Freiheitsprozess in Athen.

Die *causa liberalis* zerfällt auch im attischen Recht, wie das in der Natur der Sache liegt, in eine *vindicatio in servitutum* und eine *vindicatio in libertatem*.

Über beide besitzen wir hinreichendes Material bei Plato, den Rednern und den Lexicographen: es erscheint, da die Natur dieses Materials von den Neueren vielfach verkannt ist¹⁾, am geratensten, die einzelnen Fälle zunächst der Reihe nach durchzugehen.

1. *Vindicatio in servitutum.*

Das allgemeine Schema zu diesem Verfahren giebt Plato in den Gesetzen: wir dürfen annehmen, daß seine Darstellung zu der Solonischen und nachsolonischen Kodifikation des attischen Landrechts in ungefähr demselben Verhältnis steht, wie die fingierten Gesetze Ciceros in *de legibus* zu denen der XII Tafeln.

Ἀγέτω τὸν ἐαυτοῦ δοῦλον ὁ βουλόμενος, ἐὰν ἔμψρων ἦ, χρησόμενος ὅτι ἂν ἐθέλῃ τῶν ὁπόσα ὄσια· ἀγέτω δὲ καὶ ὑπὲρ ἄλλον τῶν οἰκείων ἢ φίλων τὸν ἀφαιστώτα ἐπὶ σωτηρίᾳ· ἐὰν δὲ τις ἀφαιρῇται τινα εἰς ἐλευθερίαν ὡς δοῦλον ἀγόμενον, μεθιέτω μὲν ὁ ἄγων, ὁ δὲ ἀφαιρούμενος, ἐγγυητὰς τρεῖς ἀξιοχρεῶς καταστήσας, οὕτως ἀφαιρείσθω κατὰ ταῦτα, ἄλλως δὲ μή, ἐὰν δὲ παρὰ ταῦτά τις ἀφαιρῇται, τῶν βιαιῶν ἐνοχος ἔστω καὶ ἀλόους τὴν διπλάσιαν τοῦ ἐπιγραφέντος βλάβους τῷ ἀφαιρεθέντι τινέτω.²⁾

Der Ausdruck ist allgemein gefaßt; daß aber in erster Linie an *vindicatio in servitutum* d. h. der *litigans* zunächst als frei ge-

¹⁾ Als das Resultat einer Häufung von Mißverständnissen muß es bezeichnet werden, wenn bei Meier-Schoemann, Attischer Prozess p. 663² die *vindicatio in libertatem* ganz gestrichen (cf. p. 623²), und der in *servitutum* der Charakter als *quaestio status* abgesprochen wird. Diese Darstellung liegt fast allen modernen zu Grunde. So bemerkt Leist, Graeco-italische Rechtsgeschichte p. 45: „Im übrigen aber fehlen über die *vindicatio in libertatem* . . . alle Nachrichten,“ unter Berufung auf Meier-Schoemann p. 400¹. Ebenso Zitelmann, Recht von Gortyn p. 80 ff. Das Nähere darüber in dem folgenden Abschnitt dieses Kapitels.

²⁾ Plato *de legibus* XI p. 914 E.

dacht ist, zeigt der Ausdruck *ὡς δοῦλον ἀγόμενον*: wenn jemand das Streitobjekt in libertatem vindiziert, welches oder während es in die Sklaverei abgeführt wird.

Die hier gegebenen Bestimmungen Platos werden im wesentlichen durch die anderweitig erhaltenen Angaben über die attische Freiheitsklage bestätigt und damit der Beweis geliefert, daß seine Vorschläge sich im wesentlichen, wie zu erwarten war, an das in seiner Heimat geltende Recht anschlossen.

Der technische Name ¹⁾ dieser Klage war: *δίκη ἐξαιρέσεως*, von der Kontravindikation des assertor in libertatem, *ἐξαιρέσις* oder *ἀφαίρεσις*, so genannt. Dem entsprechend hieß der Akt selbst *ἐξαιρεῖσθαι* oder *ἀφαιρεῖσθαι* ²⁾. So erklärt eine bei Suidas und Harpocration gleichlautende Notiz. ³⁾

ἐξαιρέσεως δίκη. ὁπότε τις ἄγοι τινὰ ὡς δοῦλον, ἐπειτά τις αὐτὸν ὡς ἐλεύθερον ἐξαιροῖτο, ἐξῆν τῷ ἀντιποιονμένῳ τοῦ ἀνθρώπου ὡς δοῦλου λαγχάνειν ἐξαιρέσεως δίκην τῷ εἰς ἐλευθερίαν αὐτὸν ἐξαιρουμένῳ.

Die bei Harpocration befindliche Beischrift: *Ἰσαῖος ἐν τῇ ὑπὲρ Εὐμάθους εἰς ἐλευθερίαν ἀφαιρέσει* zeigt, daß seine Notiz Scholien zu Isaeus entlehnt ist. Den Klagantrag in derselben Rede für Eumathes hat der Lexicograph an einer anderen Stelle erhalten.

1. Diese von Isaeus als *ἀφαιρέσις εἰς ἐλευθερίαν* gehaltene Rede giebt in den beiden von Harpocration und Dionysius erhaltenen Fragmenten das formulare Beispiel der attischen Libertätsklage in servitutum. Xenocles, der Sprecher der Rede, ist dem Metöken Eumathes aus früheren Vorgängen her zu Dank verpflichtet und giebt dieser Dankbarkeit Ausdruck, indem er als vindex für ihn gegen einen Dionysos eintrat, der ihn als seinen Sklaven vindizieren wollte:

ἄγοντος αὐτὸν Διονύσου ἐξεilόμην εἰς ἐλευθερίαν, εἰδὼς ἀφαιμένον ἐν τῷ δικαστηρίῳ ὑπὸ Ἐπιγέρονος. ⁴⁾

In der hieraus sich ergebenden Klage war der Sprecher Beklagter, Dionysos Kläger; sein Klagantrag lautete nach Harpocration:

¹⁾ Die Details der Nomenklatur bei Thalheim, Griechische Rechtsaltertümer p. 25 ff.

²⁾ Suidas sub *ἐξαιρέσεως δίκη* p. 374 B.

³⁾ Harpocration sub *ἐξαιρέσεως δίκη* p. 74.

⁴⁾ Dionys. Hal. V p. 597 R. = Isaeus frgm. XII p. 157 Sch.

Ἐβλαψέ με Ξενοκλῆς, ἀφελόμενος Εὐμάθην εἰς ἑλευθερίαν, ἄγοντος ἐμοῦ εἰς δουλείαν κατὰ τὸ ἐμὸν μέρος.¹⁾

Vor dem Irrtum, hienach die Freiheitsklage als *δίκη βλάβης* zu konstruieren²⁾, wird bewahrt bleiben, wer sich erinnert, daß die letztere überhaupt keine konsequente rechtliche Struktur hat, sondern als allgemeine Schadensersatzklage überall da eintritt, wo nach der Natur des vorliegenden Falles kein anderes rechtliches Hilfsmittel gegeben war³⁾: eben dadurch ist sie selbstverständlich hier ausgeschlossen. Daß Eumathes als Freigelassener nur die rechtliche Stellung eines Metoeken hatte, also vor Gericht nicht selbst auftreten konnte, würde auch an sich im Wesen des attischen Staats- und Prozeßrechts liegen; allein es ist nicht in unserem Falle der Grund für die Notwendigkeit des *Vindex*. Wäre er das, so müßte sein ständiger Prostates eintreten: man sieht aber aus der Beschreibung des Falles in dem erhaltenen Exordium der Rede, daß der Sprecher dieses nicht ist.

Vielmehr ist das Auftreten des *Vindex* als *assertor libertatis* eine durchgängige Notwendigkeit des attischen Rechts und offenbar hier ebenso zu erklären wie in Rom, wo dieselbe Erscheinung vorliegt.

2. Nach mancher Richtung hin verwickelt und nicht mehr ganz aufzuklären ist der Fall, welcher in der Rede von Demosthenes gegen Neaera vorliegt. Umsomehr als hier, wie auch bei anderen attisch-rechtlichen Untersuchungen, die Thatsache sich ganz besonders aufdrängt, daß wir es immer nur mit den einseitigen Plaidoyers einer Prozeßpartei zu thun haben, von denen wir alles eher als eine unparteiische Darlegung der Thatfrage erwarten dürfen. So viel aber zeigt der Zusammenhang, daß die Beklagte Neaera zuletzt in einer bis dahin rechtsgültig gehaltenen Ehe mit einem attischen Bürger, Stephanus, gelebt hat, als Phrynio, der ältere Ansprüche an sie zu haben glaubt, in das Haus eindringt und sie als seine Sklavin

¹⁾ Harpocraton s. *ἄγει* p. 2 B.

²⁾ So Lipsius — unter diesem Namen soll die zweite Auflage des p. 70 Anmerkung 1 genannten Handbuchs zitiert werden — p. 623 f.

³⁾ Platner, Prozeß und Klagen II p. 369 f.: „Es wäre daher ein Mißgriff, überall da eine *δίκη βλάβης* anzunehmen, wo von *βλάπτειν* und *βλάβη* die Rede ist, wie z. B. bei Demosthenes für Phormio (590. 21): *Ἐβλαψέ με ὁ δεῖνα οὐκ ἀποδιδούς ἐμοὶ τὸ ἀργύριον*.“ Mit ganz demselben Recht wie bei der *causa liberalis* könnte man auch hier eine Schadensersatzklage annehmen. Man ermißt hiernach leicht, welcher Wert der Stellensammlung bei Lipsius n. 375 zukommt.

reklamiert¹⁾. Hier finden wir also eine Abart der eigentlichen vindicatio in servitutum, den Konflikt zwischen der dominica potestas und der über die uxor in manu. Stephanus nahm die vindicatio in libertatem vor und stellte sich und zwei Freunde vor dem ἀρχων πολέμαρχος als ἐγγνηταί: es ist das vadimonium iudicio sisti des römischen Rechts. Dieser Vorgang ist an sich verständlich; was allein befremden könnte, daß nämlich der Kläger in das Haus des Dionysos eindringt, um seinen Anspruch geltend zu machen, findet seine Erklärung in dem Spielraum, den das attische Recht dem zukünftigen Kläger bei der in ius vocatio überhaupt gelassen hat: man darf hienach, anders als im römischen Recht, das Haus eines anderen zum Zweck der Citation betreten²⁾. In unserem Fall war D. als Ehemann des Streitobjekts der gegebene Kontravindikant und Beklagte: das Auftreten des Phrynio fällt also durchaus in den Rahmen dieser prozessualischen Vorschrift, und weitergehende Folgerungen daraus sind notwendig unzulässig³⁾. Es wird nun die Klage von Phrynio eingeleitet, indessen durch ein von den Freunden beider Parteien vermitteltes Schiedsgericht alsbald sistiert:

Λαχόντιος τοίνυν ἀπὸ τοῦ Φρυνίωνος δίκην, ὅτι αὐτοῦ ἀγχείλετο Νέαραν τανιηνὴ εἰς ἑλευθερίαν καὶ ὅτι ἃ ἐξήλθεν

¹⁾ Demosthenes gegen Neaera (59) § 40 ff. p. 1358—1360.

²⁾ Platner c. I p. 115.

³⁾ Wie sie bei Lipsius c. p. 658 gezogen werden: „Jeder attische Bürger und Schutzgenosse war berechtigt, den Sklaven, an dem er ein Eigentumsrecht hatte, wenn er sich seinem Besitze entzog, nicht allein auf offener Strafe oder auf dem Markte zu ergreifen und in sein Besitztum zu führen, sondern auch, wenn er sich in einem fremden Hause befand, aus demselben herauszuholen.“ Diese Darstellung wird auf Demosthenes Rede gegen Neaera gestützt. Allein ist das Haus des Stephanus für Neaera, die mit ihm gesetzlich seit Jahren verheiratet ist, ein „fremdes Haus?“ Die Klage kann doch nach der Natur der Sachlage nur gerichtet sein gegen den Ehemann auf Herausgabe seiner Frau, woraus sich nach attischem Prozeßrecht das Betreten von Stephanus Haus von selbst erklärt. Und was soll der Zusatz „wenn er sich seinem Besitze entzog?“ Dafs, wenn sich der Sklave seinem Eigenthümer nicht entzog, kein Grund zu einem gerichtlichen Verfahren vorliegt, kann dieser Zusatz kaum bedeuten. Es müßte also angenommen werden, dafs an den servus fugitivus gedacht werden soll, dem gegenüber der Herr den animus possidendi noch nicht verloren hat. cf. L. 7. L. 10—12 D. 40, 12. Allein über diese Frage, ob dem fugitivus gegenüber der dominus das onus probandi von sich abwälzen durfte — das war das praktisch Wichtigste —, fehlt es für Athen an jedem Material.

ἔχουσα παρ' αὐτοῦ αὐτὴ ὑπεδέξατο, συνῆγον αὐτοὺς οἱ ἐπι-
τήδαιοι καὶ ἔπεισαν δίκαιαν ἐπιτρέψαι αὐτοῖς.

Danach will Phrynio gegen Stephanus klagen und zwar auf Auslieferung der Neaera sowie der Vermögensobjekte, welche sie ihm entwendet und ihrem jetzigen Mann zugebracht haben soll. In welcher Form die Klage intendiert war, erhellt aus unserer Stelle nicht; daß sie nicht die *δίκη βλάβης* sein konnte¹⁾, ist, ganz abgesehen von der oben angedeuteten problematischen Natur dieser Klage, schon deshalb selbstverständlich, weil eine Schadensersatzklage der Natur der Sache nach eben nur zur Entschädigung des Klägers führen konnte, mit der ihm hier natürlich nicht gedient war: er wollte nicht eine Geldentschädigung für Neaera, sondern diese selbst haben, mußte also notwendig die Vindikation wählen, die wenigstens primär auf Restitution resp. Exhibition ging²⁾. Wahrscheinlich hatte er noch keinen bestimmten Klagantrag gestellt, sondern in der Eingabe an den Beamten zunächst seine Ansprüche klargelegt: das Ganze sollte wol nur eine Drohung an Stephanus Adresse sein. Ohnehin kann das Verfahren nicht weit gediehen sein, weil sonst wol nicht ohne weiteres die Einsetzung eines privaten Schiedsgerichts möglich gewesen wäre.

3. Eine Freiheitsklage, die eine Zeit lang in eine Besitzklage aus- und schließlich im Sande verläuft, schildert Lysias in seiner Rede gegen Panceleon³⁾. Das Bürgerrecht des letzteren ist Gegenstand eines Inzidentstreits, von dem aber kein civilistischer Rechtsanspruch, sondern eine civil-prozessualische Formalfrage abhing. Es werden eine Reihe von Vorgängen geschildert, aus denen sich ergeben soll, daß der Held derselben nicht attischer Bürger ist. Diese Vorgänge würden, wenn der Bericht wahr wäre, mehr beweisen, nämlich, daß Panceleon Sklave ist: allein die Darstellung ist so widerspruchsvoll und verworren, ja stellenweise, man muß sagen,

¹⁾ Wie Lipsius c. p. 623 f. will.

²⁾ Dahin führt noch folgende Erwägung: Wenn Neaera gerichtlich zur Fremden erklärt wurde, was implicite in ihrer Verurteilung zur Sklaverei lag, so verfiel sie damit dem Staat, für dessen Rechnung sie alsdann nach dem bekannten Satz des attischen Kriminalrechts zu verkaufen war. Damit geriet also Phrynio mit seinen Ansprüchen in einen Konflikt mit der Staatsgewalt, den er, wie auch die Entscheidung nach attischem Recht zu fällen war, sich und seiner Hetaere sicherlich ersparen wollte.

³⁾ Lysias 23 § 9—12.

absurd, daß ich es für unvermeidlich halte, die ganze Rede daraufhin Lysias abzusprechen:

... ἰδὼν ἀγόμενον τοῦτον Πανακλίωνα ὑπὸ Νικομήδους, δς ἐμαρτύρησεν αὐτοῦ δεσπότης εἶναι, προσῆλθον βουλόμενος εἰδέναι, ὅποτον τι περὶ αὐτοῦπραχθήσοιτο. τότε μὲν οὖν ἐπειδὴ ἐπαύσαντο μαχόμενοι, εἶπον τινες τῶν τούτῳ παρόντων ὅτι εἷη αὐτῷ ἀδελφός, δς ἐξαιρήσοιτο αὐτὸν εἰς ἔλευθερίαν. ἐπὶ τούτοις ἐγγνησάμενοι παρέξιν εἰς ἀγορὰν ὤχοντο ἀπιόντες. τῇ δ' ὑστεραίᾳ τῆς τε ἀντιγραφῆς ἕνεκα ταυτησὶ καὶ αὐτῆς δίκης ἔδοξέ μοι χρῆναι μάρτυρας λαβόντι παραγενέσθαι ἵν' εἰδείην τόντ' ἐξαιρησόμενον αὐτὸν καὶ ὅτι λέγων ἀφαιρήσοιτο. ἐφ' οἷς μὲν οὖν ἐξηγγνήθη, οὔτε ἀδελφός οὔτε ἄλλος οὐδεὶς ἦλθε, γυνή δὲ φάσκουσα αὐτῆς αὐτὸν εἶναι δοῦλον, ἀμφισβητοῦσα τῷ Νικομήδει καὶ οὐκ εἶναι αὐτὸν ἄγειν. ὅσα μὲν οὖν αὐτόθι ἐρρήθη, πολλὰς ἂν εἶη μοι λόγος διηγέσθαι· εἰς τοῦτο δὲ βιωότητος ἦλθον οὔτε παρόντες τούτῳ καὶ αὐτὸς οὗτος, ἐθέλοντος μὲν τοῦ Νικομήδους, ἐθέλουσας δὲ τῆς γυναικὸς ἀγίμεναι, εἰ τις ἢ εἰς ἔλευθερίαν τοῦτον ἐξαιροῖτο ἢ ἄγοι φάσκων ἑαυτοῦ δοῦλον εἶναι, τούτων οὐδὲν ποιήσαντες ἀφελόμενοι ὤχοντο.

Der Redner verspricht zwar in dem Folgenden Zeugen für diese Vorgänge, allein dieselben werden dadurch nicht verständlicher. Er erklärt, an dem Tage nach der versuchten Handanlegung wegen seiner Haupt- und zugleich wegen der Inzidentklage mit Zeugen erschienen zu sein, um über die rechtliche Persönlichkeit Panceons Details zu hören. Prüfen wir diese Momente einzeln! Was in Sachen der Vindikation bisher vor sich ging, war außergerichtlich und unsolenn: wir erwarten also die offizielle Einleitung der Klage in iure vor dem Beamten. Hierzu ist nichts weiter nötig, als daß sich der Kontravindikant als Beklagter stellt und daß der Termin zum Verfahren in iudicio festgesetzt wird. Die materielle Diskussion der Rechtsfrage ist selbstverständlich dabei ausgeschlossen: wie kann also der Sprecher hinkommen ἵν' εἰδείην ὅτι λέγων ἀφαιρήσοιτο? Und wenn man den Zusammenhang dieses Verfahrens mit der jetzt verhandelten Inzidentklage verstehen könnte, welche Verbindung besteht zwischen der Vindikation und der Hauptklage, welche auf damnum iniuria datum geht? Etwa daß der Sprecher nunmehr nicht gegen Panceon, sondern nach den Grundsätzen der Noxalklage gegen dessen etwaigen Herrn klagen müßte? Gegen diese Konsequenz wäre nichts einzuwenden

aber sie wird nicht bloß nirgends angedeutet, sondern sie widerspricht offenbar auch dem Plan des Klägers, der jenen als Metöken bei dem *ἀρχων πολέμαρχος* belangt hat. Offenbar hat sich der Verfasser unserer Rede die Tragweite seiner verworrenen Schilderung ebensowenig klar gemacht, wie den Unterschied des Verfahrens in iure von dem in iudicio. Die schwersten Bedenken aber erweckt das Folgende. Der versprochene und verbürgte Kontravindikant erscheint nicht, und nun kann Nikomedes zweifellos die Zuspprechung des Panceleon in iure verlangen resp. an den Bürgen Regrefs nehmen. Keines von beiden geschieht: es tritt eine Frau mit Eigentumsansprüchen auf und bestreitet dem Herrn das Recht zur ductio. Man sollte meinen, da dieser rechtskräftig Herr des Panceleon geworden ist, so müßte sie den gewöhnlichen Eigentumsprozeß auf Herausgabe des Sklaven einleiten; das scheint aber nicht ihre Absicht zu sein; sie will die ductio selbst hindern. Allein nun wechselt die Scene wieder, und jetzt erreicht der Unsinn seinen Höhepunkt: Nikomedes sowohl wie jene Frau wollen ihn beide laufen lassen, wenn jemand entweder als Kontravindikant in libertatem oder als sein Herr auftritt. Man könnte daran denken, daß beiden darum zu thun war, einen Prozeßgegner zu erhalten, um das Verfahren des weiteren in seine Wege zu leiten, allein wenn kein Prozeßgegner auftrat, so war ihnen die Durchführung ihrer Ansprüche um so sicherer. Es scheint vielmehr, als ob ihnen ihr eigener Rechtsanspruch eine Last war, deren sie sich mit guter Manier gern entledigt hätten; womit freilich die Energie sich nicht gut vereinen läßt, die sie soeben zur Vertretung desselben entwickelt haben. Daß Panceleon möglicherweise Unrecht geschehen ist, deutet der Sprecher denn auch selbst an, indem er bemerkt, er hätte ja nach seiner legalen assertio in libertatem das Recht gehabt, *δίκην λαβεῖν παρὰ τῶν ἀγόντων αὐτόν*, statt seine Freunde, die ihn gewaltsam hinwegführten, einer *δίκη βιαιῶν* auszusetzen, mit welcher auch Plato in der oben zitierten Stelle die illegale Hinderung der ductio bedroht. Allein davon, daß diese *δίκη βιαιῶν* wirklich angestrengt wurde, hören wir nichts, während es anderseits eine sonderbare Vorstellung von dem attischen Rechtsleben verrät, anzunehmen, wie es der Verfasser unserer Rede offenbar gethan hat, daß eine derartige Scene ohne Nachspiel bleiben konnte.

Glauben wir demnach die Echtheit dieser Rede ablehnen zu müssen, so läßt sie sich mit der nötigen Vorsicht darum doch

nicht weniger als juristische Fundgrube benutzen. Wir sehen aus dem Beginn der Scene, wie wenig das jetzt angenommene Dogma: man durfte jeden, an dem man Gewaltrechte geltend machen wollte, nach den Regeln der Selbsthilfe abführen, der Praxis und demnach wohl auch der Theorie des attischen Prozeßrechts entspricht: es brauchte sich nur jemand dafür zu verbürgen, daß in iure ein anderer als Kontravindikant in libertatem auftreten werde, um die ductio zu sistieren. Man ist also so weit gegangen, als man bei der feststehenden Scheidung von Prozeßpartei und Prozeßobjekt nur immer gehn konnte.

Eine Analogie zu diesem Verfahren finden wir in einer etwas turbulenten Scene, die Lysias in der Rede gegen Agoratos schildert¹⁾. Die Bule von Athen hatten im Jahre 403 die Verhaftung des Agoratos verfügt, um von diesem Mitteilungen über eine angebliche Verschwörung zu erhalten; die Ausführung dieses Befehls schildert der Redner so:

... περιτυχόντες αὐτῷ ἐν ἀγορᾷ ἐξήτουν ἄγειν. Παραγενόμενος δὲ Νικίας καὶ Νικομένης ἄγειν μὲν τὸν Ἀγόρατον οὐκ ἔφασαν προήσεσθαι, ἀφηροῦντο δὲ καὶ ἡγγυῶντο καὶ ὁμολόγουν παρῆξιν εἰς τὴν βουλήν. Γραψάμενοι δὲ οἱ βουλευταὶ τὰ δνόματα τῶν ἐγγυωμένων καὶ κωλύόντων ἀπιόντες ὄχοντο εἰς ἄστυ.

Also die Verhaftung eines Anzuklagenden wird sistiert, sobald Bürgen für ihn und sein Erscheinen in iure resp. in iudicio vorhanden sind. Daß hier die technischen Ausdrücke der Freiheitsklage gewählt sind, mag eine Pointe gegen Agoratos enthalten haben, der als Freier lebte, aber nach der Meinung des Redners Sklave war²⁾: allein das Verfahren war offenbar in allen Einzelheiten, auch der Verbürgung, legal, sonst hätten die Oligarchen sich schwerlich bei demselben beruhigt: die Technik der Freiheitsklage in Athen stellt sich demnach als die Erweiterung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf einen analogen Fall heraus.

Damit hören die verbürgten und sicheren Fälle der vindictio in servitutum auf. Unbestimmbar ist die Natur des status praesens und damit die Frage offen zu lassen, ob e libertate in servitutum, wie in den bisher behandelten Klagen, oder e servitute in libertatem geklagt wurde, in dem Fall, auf welchen in Demosthenes'

¹⁾ Lysias gegen Agoratos XIII, 23.

²⁾ So Froberger zu Lysias XIII, 23.

Rede gegen Theocrines¹⁾ angespielt wird. Wir erfahren aus dieser Rede die Existenz eines Gesetzes:

ὅς κελεύει τὸ ἥμισυ τοῦ τιμήματος ἀφείλιν τῷ δημοσίῳ, ὃς ἂν δόξη μὴ δικαίως εἰς τὴν ἐλευθερίαν ἀφελῆσθαι.

Aus diesem Gesetz schlägt der Sprecher gegen Theocrines Kapital, weil auf Grund desselben dessen Vater und, da dieser nicht bezahlt hat, auch er — man kennt die exorbitanten Bestimmungen des attischen Rechts gegen Staatsschuldner — dem Staat 500 Drachmen schuldet,

αἷ προσῶφλεν ἀφελόμενος τὴν Κημισοδώρου θεράπαιναν εἰς ἐλευθερίαν.

Um diese Wendung zu verstehn, muß man sich der eben behandelten Stelle aus Lysias gegen Panceleon erinnern, wo von den Vindikanten des Letzteren gesagt wird, sie hätten sich durch ihr illegales Verhalten der *δίκη βιαίων* schuldig gemacht. Über die Folgen dieser Klage unterrichtet uns Demosthenes Rede gegen Meidias²⁾, wo in längerer Ausführung über die Grundsätze und Modalitäten der Schädigungsklage gesprochen wird. Der Redner stellt an die Spitze seiner Erörterung den die gesamte Materie beherrschenden Grundsatz:

οἱ περὶ τῆς βλάβης οἷτοι νόμοι πάντες, ἃν μὲν ἐκὼν βλάβῃ διπλοῦν, ἃν δ' ἄκων ἀπλοῦν τὸ βλάβος κελεύουσιν ἐκτείνειν.

Eine Konsequenz dieses Prinzips ist die bei Nichterfüllung einer *condemnatio in certum aes* gegebene *δίκη ἐξούλης* als Exekutivklage (*actio iudicati*) in duplum:

τί γάρ δή ποτ' ἂν τις ἀγλὼν δίκην μὴ ἐκτείνῃ, οἷκετ' ἐποίησεν ὁ νόμος τὴν ἐξούλην ἰδίαν, ἀλλὰ προστιμᾶν ἐπέταξε τῷ δημοσίῳ;

Nicht minder endlich, wenn auch nach einer anderen Richtung hin die *δίκη βιαίων*: ἂν μικροῦ πάνυ τιμήματος ἄξιόν τις λάβῃ, βία δὲ τοῦτο ἀφείληται τὸ ἴσον τῷ δημοσίῳ προστιμᾶν οἱ νόμοι κελεύουσιν ὅσον περ τῷ ιδιώτῃ. Beide Klagen haben auch das Gemeinsame, daß das duplum nicht dem Privatgeschädigten, sondern von dem hier hervortretenden öffentlich-rechtlichen Standpunkte aus der Gemeinde zu gute kommt.

Hiernach wäre eine Erklärung des bei Demosthenes gegen Theocrines geltend gemachten Gesetzes nach zwei ganz verschied-

¹⁾ Demosthenes gegen Theocrines 58, 17 ff. p. 1327 ff.

²⁾ Demosthenes gegen Meidias 21, 43 ff. p. 528 f.

nen Richtungen hin möglich. Man könnte in den Worten desselben:

ὅς ἂν δόξῃ μὴ δικαίως εἰς ἑλευθερίαν ἀφελῆσθαι,

den Sinn ausgedrückt finden, daß die Strafe des duplum den treffen soll, welcher nicht etwa materiell zu Unrecht, sondern formell in unrechtmäßiger Weise z. B. ohne Stellung der gesetzlichen zwei Bürgen die Vindikation vornehmen wollte, die eben dadurch unter den Begriff der *δίκη βιαίων* zu subsumieren wäre, ein Fall, wie wir ihn etwa bei Lysias gegen Panceleon angedeutet fanden, und wie ihn auch Plato vor Augen gehabt zu haben scheint, wenn er sagt:

ἐὰν δὲ παρὰ ταῦτά τις ἀφαιρῇται, τὴν διπλασίαν τοῦ ἐπιγραφέντος βλάβους τῷ ἀφαιρεθέντι τινέτω. ¹⁾

Der Unterschied von dem attischen Recht läge dann in der Bezahlung des duplum an den Geschädigten, eine Abweichung übrigens, der niemand ein entscheidendes Gewicht beilegen wird, da wir eben nicht wissen, inwieweit Plato sein ideales Gesetzbuch dem in seiner Heimat herrschenden angepaßt hat. Das Bedenkliche vielmehr dieser Erklärung scheint mir darin zu liegen, daß die Worte *μὴ δικαίως ἀφελῆσθαι* auf eine gesetzwidrige Vindikation gedeutet werden müssen, während allerdings die natürlichste Erklärung die zu sein scheint, daß damit eine Vindikation bezeichnet werden soll, die vor Gericht sich als materiell unbegründet herausstellt. Will man dieser Thatsache Rechnung tragen, so drängt sich eine andere Erklärung auf. Zu ihrem Verständnis sei zunächst an das Prinzip des römischen Prozeßrechts erinnert, auch bei der Vindikation die Kondemnation womöglich zu vermeiden, wo sie aber erfolgen mußte, auf certum aes zu kondemnieren. Man bemühte sich im Formularverfahren durch den unsolennen arbitratu des Richters, daß Kläger Recht habe, in der Sakramentalklage durch die pronuntiatio sacramentum Agerii iustum esse den Beklagten zur Restitution resp. zur anderweitigen Befriedigung des Klägers zu veranlassen, so daß in der zweiten Periode Freisprechung erfolgen konnte, während in der ersten das Verfahren erledigt war. Geschah aber diese Restitution oder Befriedigung nicht, so erfolgte in der Sakramentalklage das Liquidationsverfahren, von dem wir in Folge der beklagenswerten Lücke bei Festus nicht wissen, ob dasselbe bloß den interimistischen Nutzungswert des

¹⁾ Plato de legibus XI p. 914 E.

Prozessobjekts oder auch dieses letztere selbst zum doppelten Taxwert veranschlagte.

Dasselbe Verhältnis könnte auch hier vorliegen. Entscheidet das Gericht, daß der Rechtsanspruch des Klägers begründet ist, so liegt dem Beklagten Restitution oder außergerichtliche Einigung mit dem ersteren ob: erfolgt keines von beiden, so findet nach den Grundsätzen der *δίκη εξούλης* die *Condematio in duplum* nach dem üblichen Liquidationsverfahren statt: von diesem duplum nun ist nach demselben Prinzip die Hälfte dem Kläger, die andere dem Staat zu zahlen¹⁾.

Ist diese Auffassung begründet, so würden die 500 Drachmen die Theocrines dem Fiskus schuldet, die Hälfte des seinem Vater auferlegten Timema betragen, letzteres also die Höhe von 1000 Drachmen erreichen.

2. *Vindicatio in libertatem.*

Es wurde schon oben bemerkt, daß in dem vorliegenden Fall, der in unserer Überlieferung eben nur gestreift wird, nicht zu entscheiden ist, ob eine *vindicatio in libertatem* oder in *servitutum* vorliegt. Bekanntlich wird in unserem gebräuchlichsten Handbuch des attischen Prozessrechts die Existenz der ersteren überhaupt geleugnet²⁾: ein schlagender Beweis, wohin es führt, wenn man juristische Probleme ohne juristischen Sinn behandelt. Denn es

¹⁾ A. M. Lipsius p. 660 ff. Die Annahme, daß die *δίκη ἀραιρέσεως* unter allen Umständen zur *condemnatio in duplum* führte, wird hier als etwas angeführt, was nicht den geringsten Bedenken unterliege. Ich kann mich dieser Auffassung nicht anschließen, finde vielmehr, daß eine solche Einrichtung, zusammengehalten mit der Notwendigkeit des assertor, eine ungewöhnliche Beeinträchtigung der Garantien für die Freiheit attischer Bürger enthalten hätte, weil sie notwendig vor der Übernahme einer Freiheitsklage abschrecken mußte. Auch würde nach dieser Auffassung jemand, der einem andern einen Sklaven gewaltsam entreißt, auf Grund der *δίκη βιαιών* derselben Strafe unterliegen, wie jemand, der die gesetzlich zulässige Kontravindikation unternimmt, aber vor Gericht mit ihr unterliegt. Eine Theorie, die zu solchen Konsequenzen führt, scheint mir verkehrt zu sein. Die im Text gegebene Erklärung ist aus dem Bemühen entsprungen, diese Anstöße zu vermeiden, ich gebe sie, ohne mir die Schwierigkeiten derselben zu verhehlen. Nur zusammenfassende Untersuchungen über attisches Civilprozessrecht könnten hier Aufschluß verschaffen. — Auch Leist, Der attische Eigentumsstreit im System der Diadikasiae p. 26 nimmt die Litisrescenz der Libertätsklage wegen ihres pönalen Charakters ohne Einschränkung an.

²⁾ Lipsius I. p. 663.

braucht nicht gesagt zu werden, daß die Behauptung, es gebe in einem Recht die vindicatio in servitutum, aber nicht die in libertatem, ungefähr ebenso viel Sinn hat, als wenn jemand von einem Teppich sprechen wollte, der keine Rückseite hat. Und wenn an derselben Stelle als die primäre Klage zur Befreiung eines Sklaven die *γραφὴ ἀνδραποδισμοῦ* bezeichnet wird, so liegt darin dasselbe Maß juristischer Einsicht, als wollte man auf dem Boden des römischen Rechts die Meinung aufstellen, daß die vindicatio in libertatem ersetzt worden sei durch die Kriminalklage wegen plagium.

Der äußere Anlaß zu dem juristischen Salto mortale, der in diesen Aufstellungen liegt, wurde wohl durch die Thatsache gegeben, daß allerdings die überlieferte Formel der Klage bei Vindicatio in servitutum auf die entgegengesetzte Klagform keine Anwendung findet. Dort ist der angebliche Herr Kläger, der assertor in libertatem Beklagter, und jener formuliert seinen Anspruch also korrekt in den Worten, die wir oben überliefert fanden: *ἔβλαιψέ με ὁ δεῖνα ἀγελόμενος τὸν δεῖνα* (Prozessobjekt) *εἰς ἐλευθερίαν*. Dagegen bei der vindicatio in libertatem ist der Freiheitsvindikant notwendig Kläger, der Herr Beklagter, und hier fehlt dem Kläger, falls er nicht auch ein Gewaltrecht geltend macht, also notwendig bei dem homo sui iuris, das Moment persönlicher Schädigung. Hier ist allerdings eine Lücke in unserer Überlieferung und damit in unserem Wissen zu konstatieren. Indessen die ungefähre Richtung, in der die Lösung des Problems liegen könnte, läßt sich andeuten: die Klagformel mag gelautet haben: *ἔβλαιψε ὁ δεῖνα* (Negidius) *τὸν δεῖνα* (Prozessobjekt) *ἀγελόμενος* (sc. αὐτὸν) *εἰς δουλείαν*. Man ermist leicht die Singularität und damit auch die Schwierigkeit des Falls: wir haben eine Stellvertretung in der Civilklage vor uns, eine Materie, über die sich unsere Handbücher und vielleicht auch unsere Quellen ausschweigen.

Indessen auch abgesehen von diesen theoretischen Erwägungen würde man die Existenz der vindicatio in libertatem nicht bezweifelt haben, wenn man die vorhandene Überlieferung selbst einer genaueren Prüfung unterzogen hätte, als das bis jetzt der Fall war.

1. Eine Anspielung auf diese Prozessform finden wir in Isocrates Panathenaicus, ¹⁾ wo der Redner den nationalen Unabhängig-

¹⁾ Isocrates Panathenaicus (XII), 97 p. 252.

keitskrieg, welchen die Lakedämonier und Athener im Interesse der kleineren Griechenstädte gegen die Perser führten, mit dem Verfahren eines Privatmannes vergleicht, der die Sklaven eines anderen frei, aber gleichzeitig sich selbst dienstbar macht:

παραπλήσιον ἐποίησαν τοῖς παρὰ μὲν τῶν ἄλλων τοὺς οἰκέτας εἰς ἔλευθερίαν ἀγαιρουμένοις, σφίσι δ' αὐτοῖς δουλεύειν ἀναγκάζουσιν.

Wie das im einzelnen gedacht ist, läßt sich schwer sagen und ist auch zunächst irrelevant, jedenfalls soll nicht an eine einfache Eigentumsklage erinnert werden, die jenen Effekt am natürlichsten haben würde: Isocrates spricht ausdrücklich von der *ἀγαίρεσις εἰς ἔλευθερίαν* bisheriger Sklaven. Offenbar ist dies das eigentlich juristische Element der ganzen Aktion, der Zwang zu persönlicher Dienstbarkeit mag auf privater Verabredung oder sonstiger moralischer Pression beruhend gedacht werden.

2. In dem eben behandelten, sowie in den sub 3 und 4 zu erörternden, Fällen sind es die assertores in libertatem, welche von vorne herein die Initiative zu dem Prozeßverfahren ergreifen. Es liegt indessen in der Natur der Sache, daß Sklaven, welche ein Recht auf die Freiheit zu besitzen glauben, diese ihre Ansprüche erst öffentlich kundgeben müssen, damit das Verfahren in seine Wege geleitet werden kann. Dieses Vorgehen, das in libertatem proclamare des römischen Rechts, beschreibt der Redner Dio: ¹⁾

δοκοῦσί σοι πάντες οἱ δουλεύοντες δοῦλοι, ἀλλὰ οὐ πολλοὶ αὐτῶν ἐλεύθεροι ὄντες καὶ ἀδίκως; ὧν τινες ἤδη καὶ εἰς δικαστήριον εἰσελθόντες ἀπέδειξαν ἐλευθέρους ὄντας, οἳ δὲ τινες καὶ ἀνέχονται μέχρι παντός, οὐκ ἔχοντες ἀποδεῖξαι φανερώς περὶ τῆς ἐλευθερίας ἣ οἷς ἂν μὴ χαλεποὶ ὦσιν οἱ λεγόμενοι αὐτῶν δεσπόται.

Man könnte zweifelhaft sein, wie diese *ἀπόδειξις* zu verstehen sei: jedenfalls wird man bei näherer Erwägung nicht etwa die Andeutung darin zu finden glauben, daß die Sklaven ihren Prozeß selbst hätten führen dürfen. Das wäre eine Abweichung von dem griechischen Recht der klassischen Epoche, auf die zumal für jene Zeit nichts hindeutet. Dio wird sich auch hier, wie es ihm natürlich war, unjuristisch ausgedrückt haben, was um so näher lag, weil die Sklaven denen, welche formell den Prozeß für sie führen,

¹⁾ Dio XV, p. 450 R.

das zu ihren Gunsten sprechende Beweismaterial, jedenfalls selbst in erster Linie zugänglich zu machen hatten, also sachlich in gewissem Sinne in der That Prozeßpartei sind. Vielmehr ist anzunehmen, daß, wenn die Sklaven vor Gericht ihre Ansprüche anmeldeten, ihnen von Staatswegen ein Officialverteidiger gegeben wurde: an sich würde dem privaten assertor in libertatem wol nichts im Wege gestanden haben: allein wir haben zu erwägen, daß, wenn ein Privatmann die assertio vornehmen wollte, eigentlich die gerichtliche Anmeldung des Sklaven, von der Dio spricht, überflüssig war: kam es zur letzteren, so hatte der Sklave eben niemand gefunden, der den Prozeß übernehmen wollte. Die Annahme, daß in solchem Falle eine Art von Staatsanwalt als officiale Prozeßpartei eintrat, wird denn auch durch eine wenn auch späte Überlieferung bestätigt: Gregorius von Korinth bemerkt ausdrücklich, daß für Sklaven, welche gerichtlich ihre Freiheit erstreiten wollten, von Staatswegen ein *συνήγορος* bestellt werden mußte.¹⁾ Wir dürfen annehmen, daß diese Notiz des gelehrten Erzbischofs auf eine relativ alte Quelle zurückgeht und daß in der Zeit, welche Dio schildert, sowie auch in der klassischen Epoche des attischen Rechts die Dinge nicht anders gelegen haben.

3. Mit besonderer Vorsicht seiner juristischen Eigenart wegen ist der Prozeß des Banquier Pasion zu behandeln.²⁾ Ein Sklave desselben, Kittos, ist im Besitz von geschäftlichen Geheimnissen seines Herrn, und dies veranlaßt den Letzteren, wie er von Menexenus mit einer Klage belangt wird, in welcher jener hätte gerichtliches Zeugnis auf der Folter ablegen müssen, ihn verschwinden zu lassen. Diesen Sklaven nun findet der Kläger, bemächtigt sich seiner und beantragt Folterung. Pasion, dem alles daran lag das zu hindern, konnte ihn wohl ohne Widerspruch des Klägers als seinen Sklaven vindizieren und ihn dann freilassen. Allein abgesehen von der Frage der Rechtsgiltigkeit einer solchen manumissio in fraudem creditoris hätte er dadurch seine Sache in den Augen der Richter notwendig diskreditiert. Deshalb wählte er den Weg der direkten vindicatio in libertatem: *ἀφηρεῖτ' αὐτὸν ὡς ἐλεύθερον ὄντα*.

¹⁾ Gregorius in dem Kommentar zu Hermogenes *περὶ μεθόδου δεινότητος* bei Reiske orat. Gr. VIII p. 928. Ich bin auf die Stelle durch Platner c. I p. 91 aufmerksam geworden.

²⁾ Isocrates XVII, 8 und 25 p. 360.

Er behauptet, daß das Streitobjekt längst frei sei und sich zu Unrecht in Menexenus Gewalt befinde. Wahrscheinlich berief er sich auf die durch ihn, Pasion, angeblich schon vor langer Zeit geschehene Freilassung des Streitobjets. Auf Wunsch des bisherigen Besitzers bestellt er eine Bürgschaft von 7 Talenten. Nun sollte man den in dieser Weise eingeleiteten Freiheitsprozeß erwarten, allein Menexenus, der selbst keinen Besitztitel auf den Sklaven hatte, ließ es dazu wohl nicht kommen, sondern gab jeden persönlichen Anspruch auf. Denn kurz darauf finden wir den Sklaven wieder im Besitz des Banquiers.

Dies scheint mir der ungefähre Hergang gewesen zu sein, soweit er sich noch erkennen läßt, der übrigens, wenn ich recht sehe, in den wesentlichen Momenten bei Lipsius¹⁾ mißverstanden ist.

Hier heißt es: „Diese Aphäresis ist nur zu erklären, wenn ihr eine ἀγωγή εἰς δουλείαν voranging; wie waren aber der Sprecher und Menexenus zu dieser berechtigt, da es ihnen niemals beikam zu behaupten, daß sie an dem Kittos ein Eigentumsrecht hätten? Wir müssen daher annehmen, daß nicht allein der, welcher ein Eigentumsrecht an dem Menschen zu haben behauptete, sondern auch jeder, der ein persönliches Interesse dabei hatte, daß ein Sklave als solcher anerkannt würde, die ἀγωγή oder eine ihr entsprechende Handlung vorzunehmen berechtigt war.“

Bei dieser Darstellung ist eben die allerdings große Kompliziertheit des Falls außer acht gelassen. Nach Isokrates eigener Darstellung (17 § 12) hat Pasion seinen Sklaven mindestens faktisch in Freiheit gesetzt: ob auch rechtlich, ist nicht mehr auszumachen. Aller Wahrscheinlichkeit nach hatte er die Dinge so eingerichtet, daß er auch das zur Not und mit einem Anschein von Recht behaupten konnte. Dieses Mannes nur, der sich, ob Sklave ob Freier, jedenfalls herrenlos in libertate befand, bemächtigt sich nun Menexenus mittelst formloser manus iniectio: ἐπιλαβόμενος. Er hatte natürlich nicht die Absicht, ihn als sein Eigentum zu vindizieren, konnte aber eine momentane Detention in seinem Interesse nicht vermeiden, obwohl er damit — das ist das Eigentümliche der Situation — sich juristisch ins Unrecht setzte. Denn er wußte, daß Pasion im Besitz des Mannes seinem Antrage auf Folterung widerstreben würde. Deshalb geht Menexenus

¹⁾ Lipsius p. 662 f.

nun mit dem Sklaven zum Beamten und *ῥξίου ἀντὸν βασανίζεσθαι*, wozu er bekanntlich nach attischem Prozeßrecht, falls derselbe sich im Zustand der Sklaverei befand, berechtigt war. Allein diesen Plan vereitelt das schlaue berechnete und formell unangreifbare Vorgehen Pasion's, der nun seinen ehemaligen Sklaven als einen längst Freien in libertatem vindiziert: Menexenus konnte im Ernst nicht daran denken, den ihm hingeworfenen Fehdehandschuh in dieser Weise aufzunehmen und verzichtete denn auch wirklich auf dieses ihm wertvolle Beweismaterial.

Die Klage ist also, wie man sieht, in ihrem Kern, der eigentlich juristischen Struktur, eine *ἀγχαίσεις εἰς ἔλευθερίαν* in geradezu typischer Klarheit.

4. Eine eigentümliche Mittelstellung zwischen vindictio in libertatem und in servitutum nimmt eine Episode aus dem Prozeß gegen Timarch ein.¹⁾

Pittalakos, ein Staatsklave, reicht gegen Hegesander wegen Körperverletzung die *δίχη αἰχίας* ein. Letzterer, um die Verhandlung, in der er sich schuldig fühlte, zu vermeiden, erhob den Eigentumsanspruch an P. und machte Miene ihn abzuführen; soweit spielt sich der Vorgang analog der gewöhnlichen vindictio in servitutum ab.

Der so Bedrohte ruft die Intervention eines Bürgers an, und dieser, Glaukon mit Namen, *ἀγχαίεται αὐτὸν εἰς ἔλευθερίαν*. Wenn sich der Redner hier genau ausgedrückt hat und der Kontravindikant sich ebenso wenig wie in Rom auf bloßes Leugnen des klägerischen Rechtsanspruchs beschränken durfte, so lag hier allerdings ein Konflikt von Interessen und Privilegien vor: Das Streitobjekt war faktisch nicht frei; hätte aber Glaukon bei der Übernahme des Prozesses offen zugegeben, daß P. Staatsklave war, so wäre seine Intervention vielleicht abgelehnt worden, weil dann wol ein Beamter als Civilvertreter des Fiskus hätte klagen müssen. Dies alles spielt sich bei der Einleitung der Beleidigungsklage ab. Der Redner bei Äschines fährt dann fort: *τὸ δὲ μετὰ τοῦτο δίχην λῶξεις ἐποιήσαντο*. Man hat diese Worte bisher auf die Libertätsklage bezogen,²⁾ allein mit Unrecht: denn hier hätte zunächst Hegesander seinen Anspruch im Prozeß gegen Glaukon als Beklagten erweisen müssen, eine Aufgabe, über deren

¹⁾ Aeschines gegen Timarch 85 ff.

²⁾ Lipsius c. p. 661 n. 498.

Unlösbarkeit sich Kläger keinen Illusionen hingeben konnte. Also es lag nicht in seinem Interesse, die Klage anzustrengen, er wollte nur in der Möglichkeit des Prozesses eine Waffe gegen Pittalakos haben, um auf ihn eine Pression ausüben zu können. Deshalb ist wol anzunehmen, daß H. die Klage zunächst nicht weiter betrieben hat, sondern sich bei der Intervention Glaukons beruhigte. Die *δικῶν λήξεις* sind dann nichts andres, als die Klage *αἰκίας*, die durch dieses Zwischenspiel unterbrochen war. Zu dieser Auffassung führt auch der Zusammenhang des Ganzen. Denn es ist eben diese Klage *αἰκίας*, deren Entscheidung in dem Folgenden mit Einwilligung beider Parteien einem Schiedsgericht übertragen wurde. Der Schiedsrichter nun schob die Sache auf, *χαριζόμενος τούτοις* d. h. Hegesander und Timarch zu Gefallen. Dies aber waren die wegen *αἰκία* Angeklagten, also kann auch das Schiedsgericht nur diesen Punkt getroffen und auf ihn auch nur das unmittelbar vorhergehende *δικῶν λήξεις ἐποίησαντο* Bezug haben. Dem entspricht der schließliche Verlauf der Sache: Pittalakos, der, durch die Vindikation eingeschüchtert, dem Wunsch des Verklagten gemäß das Schiedsgericht dem staatlichen vorgezogen hatte, wagte es nicht zu hindern, daß der Richter im Einverständnis mit Hegesander die Sache einschlafen ließ.¹⁾

¹⁾ Die Substitution des privaten Schiedsgerichts an Stelle der gerichtlichen Klage erscheint Lipsius c. p. 661 f. anstößig. Er bemerkt, von der oben besprochenen Annahme ausgehend, daß der Verurteilte in der Libertätsklage die Hälfte der Geldcondemnation an den Staat zu zahlen hat: „Wenn nun der Staat einen solchen Anteil an der Klage *ἀγαιρέσειως* nimmt, so muß es billig auffallen, daß bei Aeschines gegen Timarch . . . die dabei interessierten Parteien, ohne irgend auf den Staat Rücksicht zu nehmen, eine Privatübereinkunft schließen dürfen. Denn wenngleich allerdings Vergleiche in Privatklagen zulässig waren, so sollte man doch eine Beschränkung dieser Befugnis da erwarten, wo das Interesse des Staats so bedeutend konkurrierte.“ Ich kann nicht finden, daß der Anteil des Fiskus an einer Mult, die doch primär als Schadensersatz des Privatklägers zu denken ist, als ein bedeutendes Staatsinteresse bezeichnet werden darf. Allein diese Bedenken verschwinden natürlich, man, wie oben vorgeschlagen, das Schiedsgericht auf die *δίκη αἰκίας* bezieht. — Ein immerhin beträchtliches öffentliches Interesse scheint bei der Libertätsklage in unserm Falle allerdings, aber nach einer anderen Richtung hin vorzuliegen: nämlich darin, daß P. Staatssklave, also wenn auch faktisch so gut wie frei, doch juristisch und in der Theorie öffentliches Eigentum war. Wie, wenn er jetzt durch Richterspruch dem Kläger zugesprochen wurde? Man sollte erwarten, daß das Interesse des Fiskus durch einen Vertreter desselben hätte wahrgenommen

3. Allgemeine Übersicht.

Betrachtet man nun das Gesamtgebiet der attischen Libertätsklage, so werden zunächst zwei Punkte die Aufmerksamkeit des Forschers auf sich lenken: die Frage nach der Notwendigkeit des assertor und nach der interimistischen Freilassung des Streitobjekts.

Was das erste betrifft, so ist diese Notwendigkeit in der That schon durch die allgemeine Fassung des Platonischen νόμος nahegelegt, durch die Auseinandersetzungen der Lexikographen aber zum mindesten für die vindicatio in servitutum bewiesen, für die allein ein Beweis erfordert werden kann. Wie hätte auch der Name *ἐξαιρέσεως δίκη* gerade für die letztere Klaggattung primär aufkommen können, wenn der assertor (*ἐξαιρούμενος*) in dieser Prozeßform nicht notwendig gewesen wäre?

Den juristischen Grund giebt Gregorius in der schon citierten Stelle seines Kommentars zu Hermogenes, wo er von den Offizialverteidigern oder richtiger gesagt von den Offizialklägern spricht, welche Sklaven gegeben wurden, die zu Unrecht in der Sklaverei zu sein behaupteten¹⁾:

δοτέον (sc. συνήγορος) καὶ τῷ δούλῳ, ὅτι ἀπρόσωπός ἐστι· καὶ ὅτε κινήσει²⁾ κατὰ τοῦ δεσπότου αὐτοῦ ἐπὶ ἐλευθερίας ἀγωνιζόμενος, δεφείλει ὁ δικαστὴς δίδόναι τούτῳ συνήγορον.

d. h. dem Sklaven fehlt die Rechtspersönlichkeit und damit der Gerichtsstand (*persona standi in iudicio*).

Was hier von der vindicatio in libertatem gesagt ist, gilt dann kraft der in diesen Dingen üblichen, juristischen Prolepse auch von der vindicatio in servitutum, d. h. von dem bisher unbestritten Freien: der mögliche Sklave durfte nicht ein Recht ausüben, um welches er eben im Prozeßstreit begriffen war. Man muß sagen, daß das juristisch und logisch ganz in der Ordnung ist. Offenbar ist in Rom wie in Athen der zu Grunde liegende Gedanke der nämliche gewesen, daß man nicht gleichzeitig Prozeßpartei und Prozeßobjekt sein kann. Es ist durchaus zuzugeben,

werden müssen. Bei der Abweisung des Klägers hätte der Staat wol nichts eingebüßt, denn schwerlich würde mit einem solchen Urteil gleichzeitig die Behauptung des Kontravindikanten, daß P. frei sei, als rechtlich anerkannt anzusehen sein. Das Gericht entscheidet primär über die Behauptung des Klägers.

¹⁾ Oratores Graeci VIII p. 928 R.

²⁾ *μηνύση* indicet, deferat R.

daß die Konsequenzen dieser Auffassung hier etwas für uns Moderne Befremdliches haben und den Eindruck einer gewissen Rechtsunsicherheit hervorzurufen geeignet sind: allein wir haben zu erwägen, daß die antiken Stadtrechte zunächst auf kleine Gemeinden berechnet sind, in welchen der Einzelne nicht leicht ohne Anhang von Leuten war, die für ihn bei solchen Gelegenheiten um so eher eintraten, als jeder in die gleiche Lage kommen und des gleichen Schutzes bedürftig werden konnte. Solche Dinge müssen damals aufgefaßt und behandelt sein, wie das Zeugenwesen etwa bei Dokumenten in unserer Zeit — als eine formale Höflichkeit. Sicherlich hätte die Notwendigkeit des Assessor sich sonst unbequem, ja gefährlich fühlbar gemacht: daß es nicht geschehn ist, zeigt uns mit einiger Sicherheit die Thatsache, daß man wenigstens nie bei der *vindicatio in servitutum* zu der Auskunft gegriffen hat, die auf dem Boden jener unabänderlichen Grundanschauung sehr nahe lag und, soweit ich sehen kann, nicht die geringsten Schwierigkeiten bot: ich meine die Bestellung eines Officialverteidigers als ständigen assessor in *libertatem*, für den Fall, daß sich niemand freiwillig dazu erbot, etwa in der Art der *syndici* und *actores civitatum*¹⁾.

¹⁾ A. M. Platner c. II p. 238: „Nach den Angaben der Redner und den von ihnen erzählten Fällen gewinnt es das Ansehen, als ob eine *vindicatio in libertatem* durch einen Dritten auch dann erforderlich gewesen sei, wenn der in Anspruch Genommene bis dahin als Freier gehandelt hatte.“ Nachdem P. dann seinen Widerspruch damit begründet hat, daß eine derartige Auffassung „mit den Regeln des Rechts nicht wohl verträglich“ sei — was allerdings bei einem Juristen befremden muß —, beschränkt er die ductio auf diejenigen, welche sich entweder nicht längere Zeit in dem ungestörten Besitz der Freiheit befanden, oder welche diesen Zustand nicht sofort bescheinigen konnten. „Denn vermochten sie dies, ohne daß der angebliche Herr im stande war, den Sklavenstand des in Anspruch Genommenen wahrscheinlich zu machen, so litt das *ἄγειν εἰς δουλείαν* unbezweifelt keine Anwendung, und insbesondere dann nicht, wenn der Gegner als Bürger anerkannt war.“ In dem letzteren Falle wol faktisch nicht, allein deshalb nicht, weil sich dann auch gewiß ein assessor fand: das faktische Resultat ist indessen nicht die iuristische Formulierung. Was aber die Quellen angeht, deren anscheinendes Zeugnis P. bekämpfen zu müssen glaubt, so ist ihm entgangen, daß die maßgebenden Belege in den oben citierten Definitionen der Lexikographen liegen, nicht in den Zeugnissen der Redner; vielmehr hat es ein wunderlicher Zufall verschuldet, daß an allen den Stellen, wo bei den Rednern auf diese Dinge angespielt wird, stets das volle Bürgerrecht der in ihrer Freiheit Angegriffenen aus andern Gründen wenigstens bis zu einem gewissen Grade zweifelhaft bleibt.

Wir kommen nun zu der Frage nach der interimistischen Stellung des Streitobjekts während des Prozesses. Man nimmt durchgängig an¹⁾, daß dasselbe pendente lite frei blieb. Diese Annahme ist bei der vindicatio in servitutum, man darf sagen, selbstverständlich und hier auch durch Plato bezeugt: *ἐὰν δὲ τις ἀγαιρῇται τινα εἰς ἐλευθερίαν ὡς δοῦλον ἀγόμενον* (also in dem Moment, wo er als Sklave abgeführt wird, der Ausdruck setzt voraus, daß er bis zu dem Augenblick der ductio sich in Freiheit befunden habe) *μεθιέντω μὲν ὁ ἄγων*. In demselben Maße, wie hier natürlich, ist jene Theorie aber bei der vindicatio in libertatem unwahrscheinlich und zum mindesten des Beweises bedürftig. Man hat einen solchen zu führen nicht versucht²⁾, weil man die strenge Scheidung von vindicatio in libertatem und in servitutum unterlassen hat und so leicht in den Irrtum verfiel, was in dem einen Fall selbstverständlich war, in dem anderen, wo es an sich eher unwahrscheinlich ist, a priori anzunehmen³⁾.

Prüfen wir das Material unbefangen, wie es nun gesichtet vorliegt, so werden wir sagen müssen, daß zur klaren Entscheidung der Frage die Quellen keinen Anhalt geben. An und für sich würde man, bis der Beweis des Gegenteils erbracht ist, durchaus festzuhalten haben an der natürlichen Annahme, daß, wie regelmäßig im Civilprozeß, der status quo bis zur Entscheidung der Rechtsfrage bestehn blieb, würde also annehmen müssen, daß der bisherige Sklave auch während des Prozesses in dieser Stellung verblieb. Bedenken könnte nur eine Scene aus dem Prozeß des Banquier Pasion erregen. Ich erinnere kurz an den oben dargestellten Sachverhalt: Pasion will die mit Anwendung der Folter übliche Befragung seines ehemaligen Sklaven Kittos hindern, hatte ihn zu dem Zweck laufen lassen und trat, als sein Gegner Mene-xenus sich seiner bemächtigt hatte, diesem als assertor libertatis für Kittos entgegen. Es kommt zur Litiskontestation: *κατεγγυῶντος*

¹⁾ Platner c. II p. 236. Thalheim, Rechtsalterthümer p. 26 f. n. 5. Lipsius c. p. 664 f. Besonders auffällig ist diese Theorie bei Lipsius, der die vindicatio in libertatem im attischen Recht zu leugnen geneigt ist oder doch die Beispiele dieser Klaggattung in unseren Quellen nicht erkannt hat. Man hätte hiernach mindestens ein non liquet erwarten müssen.

²⁾ Man wird ihn gewiß nicht in dem Citat aus Aristoteles Probl. 29, 12 p. 951 b, 6 B. sehn wollen, wo es heisst: *δεινὸν καὶ τὸ τοῦ δούλου ὡς ἐλεύθερός ἐστι καταγγῶναι, πολὺ δὲ δεινότερον ὅτιαν τις τοῦ ἐλευθέρου ὡς δούλον καταψηφίσῃται*. Lipsius p. 665 n. 503.

³⁾ So bei Zitelmann, Recht von Gortyn. unter Berufung auf Plato de leg. XI p. 914 E (p. 86 n. 30).

γὰρ Μενεξένου πρὸς τὸν πολέμαρχον τὸν παῖδα, Πασίων ἀπὸ τὸν ἐπὶ τὰ τάλαντων διεγγήσατο. Es ist an sich durchaus verständlich, daß bei der vindicatio in servitutum eine dreifache Personalbürgschaft genügte, während zu der in libertatem eine Realkautions erfordert wurde. Im Interesse der Sicherheit athenischer Bürger mußte der Widerspruch gegen die Abführung eines Freien von jeder pekuniären Voraussetzung befreit bleiben: war aber jemand faktisch Sklave und damit die Präsumtion gegeben, daß er es auch rechtlich sei, so mochte immerhin eine Geldsumme schon zur etwaigen Entschädigung des Verklagten deponiert werden. Denn allerdings war der Letztere in der Ausnutzung seines Sklavenpendente lite schon durch die zum Zweck der Sammlung von Beweismaterial notwendige Kommunikation desselben mit dem assertor libertatis gehindert. Allein der Wortlaut der oben citierten Stelle scheint eine darüber hinausgehende Deutung zu verlangen. Menexenus, der Beklagte, verlangt von dem litigans eine Bürgschaft; der Erfolg derselben, welche von dem assertor geleistet wird, ist die momentane Befreiung des Streitobjekts: κατεγγυῶντος — διεγγήσατο. Es ist ungemein gefährlich, aus diesem einzelnen und keineswegs normalen Fall allgemeine Schlüsse zu ziehen. Möglich, daß Menexenus, der die Klage ja notwendig verlieren mußte, da er nicht den Schatten eines Rechts auf K. hatte, den Prozeß einfach aufgab und sich eine Kautions nur bestellen ließ, um auf sie eventuelle Regressansprüche wegen des unzweifelhaft dolosen Verhaltens von Pasion zu begründen. Nicht unwahrscheinlich auch, daß bei der vindicatio in libertatem der Beklagte den Sklaven behalten durfte, sobald er Kautions stellen wollte, daß er ihn dagegen interimistisch herausgeben mußte, sobald er das vermeiden mochte, während der Kläger sich zur Bestellung derselben erbot: es würde das bis zu einem gewissen Grade den praedes litis et vindiciarum der römischen Sakramentalklage entsprechen. Jedenfalls würde nach dem uns vorliegenden Quellenzeugnis eine derartige interimistische Freilassung an die Bedingung der Kautionsstellung geknüpft sein ¹⁾.

4. Die δίκη ἀποστασίον.

In einem gewissen Zusammenhang mit der Freiheitsklage wird die δίκη ἀποστασίον wenigstens von einer der beiden uns vorliegenden Überlieferungen gebracht.

¹⁾ Nicht der Bürgenstellung, wie Zitelmann c. p. 83 n. 21 annimmt.

Die eine, welche gleichlautend bei Harpocration¹⁾ und Suidas vorliegt, bezeichnet sie als Klage des Patrons gegen seinen Freigelassenen wegen Nichterfüllung der Klientenpflichten:

ἀποστιασίου δίκη τίς ἐστι κατὰ τῶν ἀπελευθερωθέντων δέδομένη τοῖς ἀπελευθερώσασιν, ἐὰν ἀφιστῶνται ἀπ' αὐτῶν ἢ προστάτην ἕτερον ἐπιγράφωνται καὶ ἃ κελεύωσιν οἱ νόμοι μὴ ποιῶσιν, καὶ τοὺς μὲν ἀλόντας δεῖ δοῦλους εἶναι, τοὺς δὲ νικήσαντας τελέως λοιπὸν ἐλευθέρους.

Hiernach würde diese Klage nicht in den Bereich unserer Untersuchung gehören, allein bei Suidas findet sich noch eine zweite Tradition, im unmittelbaren Anschluß an die erste:

ἀποστιασίου δίκη ὅταν δοῦλος ὑπὲρ ἐλευθερίας ἐνίσταται, φάσκων μὴ προσήκειν τοῖς δοῦλον αὐτὸν ἀντιποιονμένοις.

Es fragt sich, welche Tragweite dieser Notiz zuzuschreiben ist. Dieselbe leidet, wie man leicht erkennt, an einem inneren Widerspruch: das Streitobjekt ist offenbar nicht als in der Gewalt des Herrn befindlich gedacht, sonst hätte dieser Ausdruck nicht gewählt werden können, andererseits wird dasselbe aber auch nicht als thatsächlich frei betrachtet, sonst könnte nicht *δοῦλος* gesagt werden. Betrachtet man die Mitteilung als korrekt, so müßte die *δίκη ἀποστιασίου* als der technische Name für die vindictio in libertatem oder doch für diejenigen Fälle derselben anerkannt werden, in denen, wie sub II, 2 die Freiheitsklage auf Antrag der Sklaven erhoben wird.²⁾ Allein da attisch-rechtlich die *δίκη ἀποστιασίου* als Klage des Patrons gegen den Freigelassenen bezeugt ist, so steht dieser Auffassung auch das Bedenken entgegen, daß in diesem Fall dasselbe Rechtsinstitut auf zwei ganz heterogene Gebiete ausgedehnt wäre, was der notwendigen Einheit juristischer Gebilde widerspräche. Dazu kommt, daß sich unschwer der Weg zeigen läßt, auf dem die zweite Auffassung der Klage sich aus der ersten mißverständlich entwickeln konnte. Faktisch konnte der Prozeß des Patrons gegen den Freigelassenen, falls er einmal angestrengt war, nur die völlige Freiheit oder die völlige Sklaverei des Beklagten zur Folge haben: es war also in der That ein Streit *περὶ δουλείας ἢ ἐλευθερίας* mit demselben Endziel, nur einem anderen Klagfundament, wie der Freiheitsprozeß selbst. Diese That-

¹⁾ Harpocration = Suidas sub *ἀποστιασίου*.

²⁾ Dies würde etwa die Ansicht von Platner (c. II p. 239) sein.

sache, ungenau oder zu gedrängt ausgesprochen, konnte leicht zu dem Mißverständnis führen, als welche wir die zweite Notiz bei Suidas demnach wohl zu betrachten haben, und das besonders leicht bei einem Schriftsteller, der durch den völligen Mangel an Verständnis für den Inhalt seiner Kompilation berüchtigt ist.

5. Einige Details aus den delphischen Freilassungsurkunden.

Eine erwünschte Beleuchtung von einer anderen, verwandten Seite her erfahren diese Verhältnisse durch die Details der delphischen Freilassungsurkunden.¹⁾ Es ist bekannt, daß eine sehr gebräuchliche Form der Freilassung der Verkauf des Freizulassenden an die Gottheit war unter der Bedingung, daß diese, soviel an ihr lag, die Freiheit des Scheinverkauften garantierte. Solche Beispiele der *imaginary venditio*, welche wie die Emanzipation des römischen Rechts zur Freilassung führte, sind an zahlreichen Heiligtümern gefunden worden, in ungewöhnlicher Menge zu Delphi, und sie bilden eine noch keineswegs erschöpfte Fundgrube für das griechische Privatrecht, insbesondere das System der Obligationen. Uns interessiert hier besonders die Kautel gegen etwaige Angriffe auf die den Sklaven geschenkte Freiheit: es wird diesen Angriffen gegenüber den Freigelassenen persönlicher und eigenmächtiger Widerstand ausdrücklich gestattet, das *συλᾶν αὐτὸν εἰς ἐλευθερίαν*, z. B.:

εἴ τις ἐγάπτοιτο Μάντος ἐπὶ καταδουλισμῷ, κύριος ἔστω Μάνης αὐσαντὸν συλᾶν ὡς ἐλεύθερος ὢν.²⁾

Diese Erlaubnis, die nicht etwa für einen singulären Fall gegeben, sondern die typisch ist, scheint auf den ersten Blick dem konstanten Prinzip des antiken Rechts zu widersprechen, wonach in der Freiheitsklage das Streitobjekt nicht Partei sein darf.

Freilich unsere Inschriften gehen noch weiter: es wird in ihnen der Angreifer sogar mit einer gerichtlichen Prozedur bedroht,³⁾ zuweilen ihm eine genau fixierte Geldbusse angedroht.⁴⁾

¹⁾ Wescher et Foucart, *Inscriptions de Delphes* 1863 n. 19—450. Ein vorzüglicher Kommentar dazu von Foucart, *Memoire etc.* 1866.

²⁾ No. 31 bei Wescher et Foucart. Der letztere führt c. p. 11 als parallele Ausdrücke an: *εἴ τις ἀνθάπτιται, καταδουλιζοιτο, ἄγοι, ἐπιλαμβάνοιτο*.

³⁾ Wescher et Foucart n. 130 ... *ὑπόδικος ἔστω Ὀλβλα*.

⁴⁾ Ibid. n. 442. *εἰ δὲ τις ἐγάπτοιτο ἀποτισιάτω*.

Foucart vergleicht dies mit den Strafbestimmungen des attischen Rechts, für welches er aus der oben behandelten Rede gegen Theocrines das Princip entnimmt: ¹⁾ à Athènes tout citoyen pouvait intervenir pour faire donner la liberté provisoire à une personne réclamée comme esclave; mais en cas d'erreur, il avait à payer la moitié de sa valeur. Allein abgesehen von den oben geltend gemachten Bedenken, welche gegen die Annahme einer derartigen allgemeinen Regel zu sprechen scheinen, drängt sich uns notwendig die Frage auf, worauf die Rechtsgültigkeit aller dieser Bestimmungen eigentlich beruhte. Diese Frage ist hier so wenig wie bei anderen griechischen wie römischen Inschriften mit Strafsanktionen zu beantworten: wir können nicht entscheiden, ob und inwieweit diese Bestimmungen mehr waren und sein sollten als Schreckschüsse und leere Drohungen ohne realen Inhalt. Daß sie so unjuristisch abgefaßt sind wie nur möglich, liegt auf der Hand: es wird dem assertor in servitutum eine Geldbuße angedroht, dann in libertatem ausdrücklich Strafflosigkeit zugesichert — natürlich erhalten beide Bestimmungen erst dann ihre Bedeutung, wenn in dem Prozeß endgültig zu Gunsten der Freiheit entschieden ist. Davon aber sagen unsere Inschriften nichts, sie sind rein vom Standpunkt des Freigelassenen aus abgefaßt. Von einem ähnlichen Gesichtspunkt dürfte sich die Gestaltung der Selbstverteidigung seitens der Freigelassenen erklären. Es kann sich bei derselben nur um Notwehr gegen reale Gewalt gehandelt haben: wollte jemand mit Umgehung der richterlichen Entscheidung durch Anwendung rein thatsächlicher Gewalt sein angebliches Herrenrecht ausüben, so hatte der so Angegriffene das Recht vim vi depellere. Daß dies der wirkliche Inhalt jener Wendung ist, zeigen die sonstigen Bestimmungen unsrer Urkunden: Für die Freiheit des litigans sollen eintreten in erster Linie der Freilasser, in zweiter die Garanten, in dritter jeder Bürger:

*εἰ δὲ τις καὶ ἐγάπηται ἐπὶ καταδουλισμῷ, βέβαιον παρ-
εχόντων τῷ θεῷ τὰν ὄντων οἷτε ἀποδόμενοι . . . καὶ οἱ
βεβαιωτῆρες . . . κατὰ τοὺς νόμους τὰς πόλις ὁμοίως δὲ
καὶ οἱ παραιγγάροντες τῶν ἰδιωτῶν κύριοι ὄντων, σιλέ-*

¹⁾ Foucart c. p. 12 f. Wohl irrtümlich wird an derselben Stelle aus jener Rede geschlossen, daß Th. Vater dem Sklaven ein Asyl gewährt habe: er hatte nur die vindictio in libertatem vorgenommen.

οντες Μέλισσαν ὡς ἐλευθέραν οὔσαν, ἀξάμιοι ἐόντες καὶ ἀννπόδικοι τοῖ σιλέοντες πάσας δίκας καὶ ζαμίας.¹⁾

Zweifellos ist hier an die gerichtliche Vertretung des litigans gedacht, zu der der letztere als Prozeßsubjekt eben nicht fähig war. Wenn diese Vertretung jedem Bürger gestattet war, so wird sie in erster Linie dem Freilasser und dem Garanten befohlen, ja sehr oft unter Strafe befohlen:

βέβαιον παρεχόντω τὰν ὀνάν τῷ Θεῷ . . . , εἰ δὲ μὴ παρ-
έχοιεν βέβαιον τὰν ὀνάν τῷ Θεῷ πράκτιμοι ἐόντων κατὰ
τὸν νόμον τᾶς πόλιος.²⁾

Zuweilen wird diese Verpflichtung neben dem Freilasser auch dessen Erben, die ihre Zustimmung zu der Freilassung gegeben haben, auferlegt: diese Zustimmung wird als *συνενδοκεῖν*³⁾ bezeichnet, die Personen selbst zuweilen als *ἐπίνομοι*⁴⁾. Daß auf diese Weise stets mehrere Personen zum Schutz des Freigelassenen rechtlich engagiert werden, begreift sich vollkommen, wenn man bedenkt, daß in Athen neben dem assertor in libertatem noch zwei Bürgen gerade bei der vindicatio in servitutum nötig waren, und daß höchst wahrscheinlich eine ähnliche Einrichtung auch in Delphi bestanden hat. Deshalb begnügte man sich nicht mit der rechtlichen Bindung des Freilassers, sondern schuf auch die Stellung des Garanten (*βεβαιωτήρ*), den wir demnach als eine Art von notwendigem *προστάτης* des ehemaligen Sklaven ansehen dürfen. Gegen die Kollusion dieser seiner natürlichen Vertreter ist der Freigelassene durch die schweren Strafen geschützt, welche das Gesetz auf jenes Vergehen gesetzt hat und an deren persönlicher Beitreibung er wol nicht gehindert war: wenigstens der Grund, welcher ihm die Möglichkeit entzieht, als Prozeßpartei für die eigne Freiheit einzutreten, fällt hier naturgemäße fort⁵⁾:

εἰ δὲ καὶ μὴ παρέχοντι, πράκτιμοι ἐόντω τῷ Θεῷ καὶ Σατύρῳ
καὶ τῷ ὑπὲρ τὸν Θεὸν ἢ Σάτυρον θέλοντι πράσσειν αὐτοῦ
καὶ τοῦ ἡμιολίου μνᾶν ἔξ.⁶⁾

¹⁾ Wescher et Foucart n. 34. Das Beispiel ist wie das folgende typisch für die Masse der Inschriften. Die Vertretung vor Gericht wird auch als *προστασθαι* bezeichnet N. 286.

²⁾ *ibid.* n. 45.

³⁾ z. B. N. 34.

⁴⁾ z. B. N. 53.

⁵⁾ A. M. über die Bedeutung des *βεβαιωτήρ* Foucart c. p. 18 f.

⁶⁾ Wescher et Foucart N. 384.

Hier finden wir also, wie auch sonst bei derartigen Anlässen in griechischen wie in römischen Inschriften, die Popularklage gegeben zur größeren Sicherung der Bestrafung von Kontravenienten ¹⁾.

¹⁾ Eine Schwierigkeit ergibt sich für die Gültigkeit des gesamten Rechtsgeschäftes sobald der Freilasser und demnach auch der Freigelassene, wie das ja meistens der Fall war, ihr Domizil nicht in Delphi selbst hatten: welche Verbindlichkeit konnten die auf Grund des delphischen Rechts statuierten Normen für Männer haben, welche nicht nach diesem Recht lebten, die also, wenn es zum Prozeß kam, gar nicht die Verpflichtung hatten, vor delphischen Gerichten ihr Recht zu nehmen? Mit Recht bezieht Foucart (c. p. 20 f.) wohl hierauf die in den Inschriften sich mehrfach (z. B. Wescher et Foucart N. 47) sich findende Klausel, welche die Rechtsgültigkeit des Vertrages nach dem delphischen und dem Recht derjenigen Gemeinde stipuliert der der Freilasser angehört: *κατὰ τὸν νόμον τῶν Ἀελφῶν καὶ κατὰ τὸ σύμβολον* oder *κατὰ τὰν συμβολάν*. Der letzte Teil der Klausel wird einmal auch genau präzisiert: *κατὰ τὸν νόμον τῶν Ἀελφῶν καὶ κατὰ τὸ σύμβολον τῶν Φωκίων*.

IV.

Die in rem actio der Inschrift von Gortyn.

1. Allgemeines.

Die vor zwei Jahren in der Nähe des alten Gortyn gefundene Inschrift, die, wie die längste, so zweifellos auch die wichtigste ist, welche wir in griechischer Sprache besitzen, hat, wie das ihrer Bedeutung entspricht, eine so große Zahl von Besprechungen erfahren, daß ich nur, weil es der Plan des vorliegenden Werks, den Freiheitsprozeß durch das antike Recht zu verfolgen, unumgänglich erfordert, mich entschliesse, die Zahl dieser Untersuchungen, soweit das erste Kapitel der Inschrift in Frage kommt, um eine neue zu vermehren. Es ist diese Aufgabe um so weniger erfreulich, als das sprachliche Moment in dieser Inschrift durch die Bemerkungen von Buecheler und die Ausgabe der Brüder Baunack, das sachlich-juristische durch die Ausgabe von Buecheler und Zitelmann derartig grundlegend behandelt ist, daß jede neue Behandlung auf eine Wiedergabe dieser Forschungen oder auf eine Polemik gegen dieselben hinauslaufen muß. Wenn das letztere, wie ich glaube, ein Übelstand ist, so ist er jedenfalls nicht zu vermeiden. Es ist sicher kein Zufall, daß dieser Widerspruch sich oft nicht auf die Erklärung der Inschrift, sondern auf die Vergleichung mit anderen griechischen Rechten bezieht. Denn, da Zitelmann die bei Lipsius und anderen vorliegende Darstellung ohne erneute Prüfung als zutreffend und als Basis seiner Vergleichung annahm, so mußte er notwendig durch die zahlreichen Irrtümer jener Kompendien irre geführt werden.

Die Klage, welche in dem ersten Kapitel unserer Inschrift behandelt wird, ist, wie schon in der Überschrift bemerkt wurde, eine actio in rem d. h. sie dient nicht bloß, obwohl in erster Linie, zur Geltendmachung dinglicher Rechte (vindicatio, sei es im petitorium, sei es im possessorium, also actio in rem specialis), sondern auch zur Vertretung von Familien- resp. Gewalt- und Erb-rechten. Ausdrücklich erwähnt und besprochen werden die Libertäts- und die Besitzklage um einen Sklaven. Daß aber die Tragweite des Verfahrens über diese beiden Prozesse hinausgeht, zeigt, wenn wir von der eben angeführten römisch rechtlichen Analogie absehn, auch der Anfang der Urkunde selbst: *ὅς κ' ἐλευθέρου ἢ δολοῖ μέλλει*

ἀνπιμολῶν. Danach ergreift das Verfahren alle Streitigkeiten, in denen der status einer Person resp. Gewaltrechte an ihr in Frage kommen: es ist das eine sehr natürliche Bestimmung für eine Urkunde, die eben inhaltlich eine Aufzeichnung des Familienrechts enthält. Die Libertäts- und Eigentumsklage zerfällt in dem Fall, daß nicht bloß die Rechtsfrage, sondern auch der status quo zwischen den Parteien controvers ist, ganz wie in Rom in zwei gesonderte Stadien, die sich bei der actio in rem specialis als possessorium und petitorium, bei der Freiheitsklage als praeiudicium (utrum e libertate in servitute an e servitute in libertatem petatur) und Hauptprozeß differenzieren. Unser Gesetz umfaßt mit bewunderungswürdiger Knappheit alle hier in Betracht kommenden Fälle.

2. Possessorium resp. Erledigung der Präjudizialfrage.

Ὅς κ' ἐλευθέρῳ ἢ δόλῳ μέλλει ἀνπιμολῶν, πρὸ δίκας μὲ ἄγει. αἱ δ' ἐκ' ἄγει, καταδικασάτω τῷ ἐλευθέρῳ δέκα στατέρας, τῷ δόλῳ πέντε ὅτι ἄγει καὶ δικασάτω λαγᾶσαι ἐν ταῖς τρισὶ ἀμέραις. αἱ δ' ἐκ' καμὲ λαγᾶσει, καταδικαδῶτω τῷ μὲν ἐλευθέρῳ στατέρα, τῷ δόλῳ δαρχνὴν ἂν τ᾽ ἄς ἀμέρας ἑκαστάς, πρὶν κα λαγᾶσει, τῷ δὲ χρόνῳ τὸν δι(κα)στὴν δ(μ)νύντα κρίνεν. αἱ δ' ἀννίοιτο μὲ ἄγει, τὸν δικαστὴν δμνύντα κρῖνεν, αἱ μὲ ἀποπονίοι μαῖνυς.

Wer um einen Freien oder Sklaven prozessieren | will, soll vor dem Rechtsstreit nicht wegführen. Wenn er aber | wegführt, soll er verurteilen wegen des Freien | zu 10 Stateren, des Sklaven zu 5, || weil er wegführt, und soll urteilen, daß er frei gebe | binnen 3 Tagen. Wenn er aber | nicht frei gibt, so soll er verurteilen wegen des | Freien in 1 Stater, des Sklaven in 1 Drachme | für jeden Tag, bis er frei gibt. || Wegen der Zeit aber soll der Richter | schwörend entscheiden. Falls er aber leugnet | die Wegführung, so soll der Richter schwörend | entscheiden, falls nicht aussagt ein Zeuge.¹⁾

Wir finden hier das Verbot eigenmächtiger ductio, statt ihrer wird der Vindikant auf den Rechtsweg verwiesen. Von Zitelmann²⁾ und denjenigen, welche sich die Mühe genommen haben, dessen Kommentar zu reproduzieren³⁾, ist hier ein Gegen-

¹⁾ Die Übersetzung nach Buecheler.

²⁾ Zitelmann c. p. 81 f.

³⁾ Dahin gehört z. B. Simon, Zur Inschrift von Gortyn 1886.

satz zwischen attischem und römischem Recht einerseits und dem von Gortyn andererseits konstruiert worden. Zitelmann bemerkt: „Ein gleiches Gewaltverbot ist dem attischen und älteren römischen Recht unbekannt. Gegen den, welchen man als seinen Sklaven behauptete, konnte man ohne weiteres Selbsthilfe gebrauchen Freilich, wenn sich ein Vindex fand, der den Freiheitsprozeß übernehmen wollte und deshalb den Fortführenden in ius vozierte, mußte man in Athen wie in Rom den Beanspruchten interimistisch gegen Bürgschaftsstellung freigeben. Indefs war das ein ungenügender Schutz. Denn wenn man sich des Menschen bemächtigt hatte, ohne daß zufällig ein zur Vertretung bereiter Freund in der Nähe war, so war der Duzierte schutzlos: seine Freunde erfuhren vielleicht nicht einmal, wo er sich aufhielt Die Eigenmacht als solche war also nicht untersagt.“

Bei genauer Erwägung des vorliegenden Materials wird man, glaub' ich, zu dem Resultat kommen, daß ein Unterschied zwischen den antiken Rechten in diesem Punkt nicht vorhanden ist.

Vielmehr hängen die Erscheinungen, welche Zitelmann als auffällig betrachtet, eng zusammen mit der Thatsache, daß nach den uns bekannten antiken Rechten das Streitobjekt im Freiheitsprozeß nicht Prozeßpartei sein, also weder selbst klagen noch sich selbst verteidigen konnte. Die Notwendigkeit des *assertor libertatis* ist das *πρῶτον ψεῦδος* der antiken Jurisprudenz, allein diese Notwendigkeit ist für Gortyn ebenso sicher bezeugt wie für Athen und Rom. Allerdings soll man in Gortyn niemanden, auf den man Ansprüche geltend machen will, *πρὸ δίκας* wegführen dürfen: allein diese Worte besagen jedenfalls, daß die Eigenmacht dann verboten ist, wenn ein gerichtliches Verfahren in Aussicht steht, und natürlich nur in diesem Fall. Da nun aber auch nach Gortyn Recht der Angegriffne sich nicht selbst verteidigen darf, so muß zweifellos, falls niemand sich zur Kontravindikation in libertatem erbot, die ductio gestattet gewesen sein: das ist die wirkliche Lücke, die sich im römischen wie in den griechischen Rechten vorfindet und die ihre Erklärung, wie oben bemerkt, in der Thatsache findet, daß die antiken Gesetzgebungen in erster Linie Gemeindeverfassungen und auf kleine Verhältnisse berechnet sind. Man muß hiernach wol so resumieren: die Eigenmacht als solche war auch in Gortyn nicht untersagt, sie war es nur in dem Falle, wo sie es auch in Athen und Rom war, d. h. wenn ein *assertor libertatis* auftrat. Der Unterschied liegt nur darin, daß wir für Gortyn die

gesetzliche Formulierung besitzen, dagegen, was Athen und Rom betrifft, das Prinzip aus der lückenhaft und einseitig überlieferten Gerichtspraxis eruieren müssen. In welcher Weise dem litigans die Möglichkeit verschafft wurde, nach einem Vindex sich umzusehn, ist uns nicht überliefert; daß es geschah, an sich sehr glaublich: vielleicht daß der Vindikant mit dem Streitobjekt sich zu dem die Jurisdiction handhabenden Beamten begeben und dort die Besitzergreifung notifizieren mußte.¹⁾

Das Prozeß- und Strafsystem, welches sich an die gegen das Verbot eingeleitete *ductio* knüpft, ist verständlich: der Vindikant wird zur Erlegung von 10 resp. 5 Stateren — je nachdem es sich um eine Libertäts- oder um eine Eigentumsklage handelt — und zur Exhibition resp. Restitution verurteilt; im Falle er die ihm gesetzte Frist von drei Tagen überschreitet, hat er pro Tag 1 Stater resp. 1 Drachme zu zahlen. Hilft auch das nicht, so tritt offenbar magistratische Coercition ein. Daß man den Freien nicht in der Hand desjenigen lassen wollte, der ihn als seinen Sklaven in Anspruch nahm, liegt in der Natur der Sache und wird durch die Worte: *πρίν κα λαγᾶσαι* bestätigt. Wann das System der Geldstrafen verlassen und zur Exekution geschritten wurde, das zu entscheiden lag wol in dem Belieben des Beamten. Vielleicht geht hierauf die etwas unklare Bestimmung: *τῷ δὲ χρόνῳ τὸν δικαστὴν δυνάμεια κρίνεν*. Diese letztere Wendung scheint das Gesetz überall da anzuwenden, wo der Richter nicht nach bestimmten Normen resp. Zeugenaussagen, sondern nach seinem unter Eid gestellten pflichtmäßigen Ermessen zu entscheiden hat, also überall da, wo ihm entweder bei der Würdigung des Thatbestandes oder bei anderweitigen richterlichen Verfügungen eine diskretionäre Gewalt eingeräumt ist.²⁾ Von dem thatsächlichen Besitz bei Beginn des Hauptprozesses hängt Verteilung der Parteipollen und damit der Beweislast, gleichzeitig auch die Entscheidung über den interi-

¹⁾ So für römisches Recht Bethmann-Hollweg, Civilprozeß I § 33 n. 5.

²⁾ Die von Zitelmann c. p. 85 zweifelnd proponierte Erklärung, es sei dem Richter damit vielleicht die Möglichkeit gegeben, das *tempus* als *utile*, nicht als *continuum* zu berechnen, scheint mir keineswegs unwahrscheinlich. Mehr die von demselben Gelehrten an erster Linie gegebene Deutung: „Wegen der Zeit soll der Richter schwörend erkennen, d. h. über die Zahl der Tage, in denen der Mensch unberechtigt vorenthalten ist. Denn es hätte ja doch, wenn inzwischen der Duzirte freigegeben war, zweifelhaft sein können, wann die Freiegebung geschehen sei.“

mistischen Besitz des Streitobjekts ab. Diese präparatorische Funktion des *possessorium* tritt besonders in dem Schlufssatz unsres Paragraphen hervor:

αἰ δ' ἀννίοιτο μὲ ἄγεν, τὸν δικαστὰν ὁμνύντα κρίνεν, αἰ μὲ ἀποπονοίη μαῖινυς.

Die Thatsache, daß der augenblickliche Inhaber des Streitobjekts sich im Besitz desselben befindet, wird jener weder leugnen können noch wollen, in den meisten Fällen auch das nicht, daß er vor kurzem durch *ductio* sich seiner bemächtigt hat; vielmehr wird gewöhnlich die Sache so liegen, daß der angebliche Herr behaupten wird, die *ductio* mit vollem Recht ausgeübt zu haben: Der Duzierte sei ein ihm entfloherer Sklave, er habe nicht die *possessio libertatis* gehabt etc. Darüber eben hat der Richter zu befinden. Wir sehen, daß bei dieser Auffassung die Bestimmungen der *lex Gortynensis* genau die Funktion des *Interdiktum Utrubi* erfüllen, nur daß die — übrigens praktisch für diesen Fall ganz unerhebliche — Fristbestimmung des letzteren bei jener fortfällt, und wir können daraus den Rückschluß ziehen auf die Art, wie in Rom vor Erfindung des, bekanntlich nachplautinischen, *Interdikts* die Parteirollen für das *petitorium* bestimmt wurden, nämlich durch magistratische Kognition. Bei dieser Auffassung vermag ich in dem bisher geschilderten Verfahren nur einen Prozeß zu erblicken, den über die Thatsächlichkeit und gleichzeitig die Gesetzlichkeit der *ductio*. Die eine Partei beschuldigt den Gegner der gesetzwidrigen Besitzergreifung. Letzterer wird entweder die Besitzergreifung überhaupt leugnen oder die Gesetzlichkeit derselben behaupten: auf beides bezieht sich die Wendung *αἰ δ' ἀννίοιτο μὲ ἄγεν*.

Die Zuerkennung der Prozeßkosten bei Nichtrestitution bedarf zwar eines besonderen gerichtlichen Verfahrens, ist aber ebensowenig ein neuer Prozeß wie das *arbitrium litis aestimandae* am Schluß der Sakramentalklage in rem. Falls aber der Verurteilte sich diesem letzteren Verfahren dadurch entziehen wollte, daß er behauptete, die Restitution nach Erlaß des Urteils vollzogen zu haben, so wird der Richter stillschweigend und formlos diesen Einwand geprüft haben: ein besonderes gerichtliches Verfahren machte dieser schwerlich häufige Fall wol nicht nötig; auch scheint es kaum angänglich, darauf die Worte *αἰ δ' ἀννίοιτο μὲ ἄγεν* zu beziehen: es müßte dann heißen: *αἰ δ' ἀννίοιτο μὲ ἔγεν*.

3. Vindikation.

αὶ δὲ κα μολῇ, ὁ μὲν ἐλεύθερον ὁ δὲ δόλον καρτόνας
ἔμειν ὅτερο· κα' ἐλεύθερον ἀποπονίοντι. αὶ δὲ κα' ἀνπὶ
δόλοι μολίοντι πονίοντες· τὸν ἑκάτερος ἔμειν, αὶ μὲν κα
μαίτην ἀποπονῇ κατὰ τὸν μαίτηρα δικάδδεν, αὶ δὲ
κα' ἔ ἀμποιτέροις ἀποπονίοντι ἔ μεδάτεροι, τὸν δικαστὰν
ὁ μινντα κρίνεν. ἔ δὲ κα νικαθῇ ὁ ἔ κον. <τ>ὸμ μὲν
ἐλεύθερον λαγῶσαι τῶν πε<ν>τ' ἀμερῶν, τὸν δὲ δὴ ὁ
λ<ον> ἔς κέρανσ ἀποδόμεν.

Wenn aber prozessirt der Eine daßs frei, || der Andre daßs Sklave, so sollen kräftiger sein, | [wie viele] aussagen daßs frei |. Wenn sie aber um einen Sklaven prozessiren, | sagend jedweder daßs er sein sei, | so soll er, wenn ein Zeuge aussagt, || gemäß dem Zeugen urtheilen; wenn | aber entweder Beiden sie aussagen | oder Keinem von beiden, so soll der Richter | schwörend entscheiden. Wenn aber besiegt wird der | welcher hat, so soll er den Freien frei || geben im Lauf von 5 Tagen, den Sklaven | aber in die Hände zurückgeben.

Der eben mitgetheilte Paragraph der Inschrift schildert den Eigentums- und den Freiheitsprozeß. Überall fast ergeben sich aus dieser Schilderung Analogieen zu dem attischen wie zu dem römischen Prozeßrecht. Die Notwendigkeit des assertor libertatis in allen Fällen der Freiheitsklage liegt schon in den Anfangsworten unserer Stelle: αὶ δὲ κα μολῇ ὁ μὲν ἐλεύθερον ὁ δὲ δόλον und wird dann durch das folgende Verfahren bestätigt. Die intermistische Freilassung des litigans bei vindicatio in libertatem, welche wir nach der in Kapitel II niedergelegten Auffassung nicht als altrömisches Recht anzuerkennen vermochten, findet sich nicht in dem Gortyner Recht vor: ein deutlicher Beweis, daßs jener Einrichtung nicht diejenige zwingende Notwendigkeit inne wohnt, welche ihr von neueren Gelehrten meist beigelegt worden ist. Diese Auffassung hat hauptsächlich dazu beigetragen den unbefangnen Blick für unser Quellenmaterial in so hohem Grade zu trüben, wie dies seit dem Beginn der Wissenschaft vom römischen Civilprozeß geschehn ist. Daßs die gortynische actio in rem ebenso wie die altrömische eine actio duplex gewesen ist, hat Zitelmann m. E. mit Recht aus der Form geschlossen, in der die Aussprüche der Parteien gegenübergestellt werden: niemals beschränkt sich die Gegenpartei auf Leugnung des klägerischen

Anspruchs, sondern sie tritt demselben mit einer eigenen positiven Behauptung entgegen.

Freilich, wenn ich die Konsequenzen, welche die herrschende Meinung aus der formalen Duplizität der römischen Sakramentalklage gezogen hat, daß ein wirklicher Unterschied zwischen Kläger und Beklagtem nicht existierte, vielmehr beide Parteien die gleiche Beweislast hatten, schon für den altrömischen Prozeß nicht anzuerkennen vermochte, so scheint mir diese Auffassung für das Gortyner Recht durch mehr als einen Umstand ausgeschlossen zu sein. So wenig man im römischen Recht begreifen würde, wenn auf einen durchgeführten possessorischen Interdiktsprozeß ein Verfahren folgte, in welchem der soeben gerichtlich anerkannte Besitz des Verklagten ignoriert würde, ohne auch nur die Kraft zu haben, dem Inhaber wenigstens den wesentlichsten unter den Vorteilen des Beklagten, den der Freiheit von der primären Beweispflicht zu verschaffen: ebenso wenig läßt es sich auf dem Boden des Gortyner Rechts, welches ein fein ausgebildetes possessorium kennt, verstehen, daß der Besitzer, der soeben als solcher konstituiert worden ist, nun plötzlich mit dem abgewiesenen Nichtbesitzer rechtlich auf eine Stufe gestellt werden soll.

Das Beweisrecht unsrer Inschrift entspricht dann wieder dem römischen, soweit ich sehen kann, vollkommen. Im Freiheitsprozeß soll, um es kurz sagen, in dubio pro libertate entschieden werden, d. h. wenn die Zeugenaussagen in ihrer Qualität — schwerlich in ihrer Quantität¹⁾ — nach der Auffassung des Richters sich aufwiegen, so soll der Letztere gehalten sein, zu Gunsten der Freiheit zu erkennen: wir erhalten demnach denselben Sinn, welchen die von Zitelmann angeführte Digestenstelle giebt:

si testes non dispari numero tam pro libertate quam contra libertatem dixerint, pro libertate pronuntiandum esse saepe constitutum est²⁾.

Für den Eigentumsprozeß fällt diese Spezialbestimmung natürlich fort, und hier tritt dann die generelle Beweisregel wieder in Kraft, daß der Richter, wo Zeugenaussagen vorliegen, diese, soweit es ihm

¹⁾ Noch weiter geht Zitelmann c. p. 88: „bei der causa liberalis soll bei einander entgegenstehenden Zeugenaussagen ohne Rücksicht auf die Zahl der für jede Partei aussagenden Zeugen zu Gunsten der Freiheit geurteilt werden.“ Ich halte diese Deutung für undenkbar.

²⁾ L. 24 § 1 D. 40, 1.

gut scheint, zu berücksichtigen, wo nicht, nach absolut freier Würdigung des Thatbestandes zu entscheiden hat. Mit voller Deutlichkeit wird das gortynische Beweisrecht in einem Nachtrage präzisiert¹⁾:

τὸν δικαστὰν ὅτι μὲν κατὰ μαιτύρανς ἔγρατται δικάδδεν ἔ
ἀπόμοτον, δικάδδεν αἱ ἔγρατται, τὸν δ' ἄλλον θμνύντα
κρίνεν πορτὶ τα μολιόμενα.

d. h. der Richter soll nach Zeugenaussagen oder nach Parteieid entscheiden in den Fällen, wo das speziell vorgeschrieben ist, sonst nach seinem unter Eid gestellten pflichtmäßigen Ermessen. In unserm Fall nun tritt die eben dargelegte Modifikation ein.

Mehr dürfte aus den Worten der Urkunde nicht zu entnehmen sein; ein Unterschied des gortyner und römischen Rechts ist demnach an dieser Stelle nicht vorhanden, und damit fällt auch die Möglichkeit fort, Schwierigkeiten, welche die herrschende Meinung bei ihrer Auffassung der actio duplex oder, besser gesagt, der reconventio necessaria findet, aus dem griechischen Recht zu eliminieren, während man sie für das römische Recht als ungelöst fortbestehn läßt. In beiden Rechtssystemen wird der Kläger primär den Beweis für seinen Anspruch zu erbringen gehabt haben: wurde der Beweis nicht geführt, so wies der Richter ihn ab, ganz gleich, ob der Beklagte auch seinerseits sich als berechtigten Besitzer erwiesen hatte.

4. Exekution.

ἔ δέ κα νικαθῆι ὁ ἔκων <τ>ὸμ μὲν ἐλευθερον λαγῥάσαι
τᾶν πε<ν>τ' ἀμέρᾶν, τὸν δὲ δῶλλ<ον> ἐς κέρανς ἀποδόμεν.
αἱ δέ κα μὲ λαγάσει ἔ μὲ ἀποδοῖ δικακῥάτο νικῆν τῷ μὲν
ἐλευθεροῥ πεντέκοντα σιατέρανς καὶ σῥιατέρᾳ τᾶς ἀμέρας
φεκάστῥας, πρίν κα λαγάσει, τῷ δὲ δόλοῥ δέκα σιατέρανς
καὶ θαρκνάνῥ τᾶς ἀμέρας φεκάστῥας, πρίν κ' ἀποδοῖ ἐς
κέρανς, ἔ δέ κα καταδιῥ κάκσει ὁ δικαστῥς ἐνιαυτῷ
πῥάδδδῥθῥαι τὰ τρίτῥα ἔ μετῥνῥ πλίον δὲ μέ· τῷ δὲ κρόνο
τὸν διῥκαστὰν θμνύντα κρίνεν. αἱ δέ κα ναεύει ὁ δῶλος, ὃ
κα νικαθῆι καλίον ἀντὶ μαιτύρον θνῶν δῥρομέον ἐλευθε-
ρον ἀποδεικῥάτῥο ἐπὶ τῷ ναῶι ὅπῃ κα ναεύει, ἔ αῥυτος ἔ
ἄλλος πρῶ τοιτο· αἱ δέ κα μὲ καλῆ ἔ μὲ δείκσει κατισῥ
τάτῥο τὰ ἐ<γρα>μένα. αἱ δέ κα μεδῥ αἰτῶν ἀποδοῖ ἐν τῷ

¹⁾ tab. XI, 26—31.

ἐνιαντιῷ || τὰνς ἀπλόονς τ<ι>μάνς ἐπικατ||αστασεῖ. αἱ δὲ κ' ἀποθάνει μ||ολιόμενας τᾶς δι<κα>ς τὰν ἀπλ||όον τιμὰν κατιστασεῖ. αἱ δ' ἐ κα κο<σμ>λον ἄγει ἔ κοσμιοντι||ς ἄλλος, ἔ κ' ἀποσιτᾷ μολέν κ' αἶκ||α νικαθῇ, κατιστάμεν ἀπ' <ἀ>ς || <ἀμέρα>ς ἄγαγε τὰ ἐγραμμένα. || <τό>ν δὲ νενικαμένο κα<ι> τὸν κα> || τακείμενον ἄγοντι ἄπατον ἔμεν.||

Dazu gehört als Nachtrag:

ἄντροπον ὅς κ' ἄγει πρὸ δίκας || αἰεὶ ἐπιδέκεθαι.¹⁾

wenn er aber | nicht frei gibt oder nicht zurückgibt, so soll er | urtheilen, er ersiege wegen des Freien | 50 Stateren und 1 || Stater für jeden Tag | bis er frei gibt, wegen des Sklaven aber | 10 Stateren und 1 Drachme | für jeden Tag bis er zurückgibt | in die Hände. Wenn aber verurtheilt || der Richter, sollen in Jahresfrist | eingetrieben werden die Dreifachen und weniger, | mehr aber nicht. Wegen der Zeit aber soll der | Richter schwörend entscheiden. Wenn aber | das Asyl eines Tempels aufsucht der Sklave, deswegen er besiegt wird, || so soll er durch Ladung vor 2 Zeugen, | Rennern, Freien nachweisen | beim Tempel, wo er tempelt, entweder er | selbst oder ein Anderer für diesen. Wenn er aber | nicht lädt oder nicht weist, so soll er || erlegen was geschrieben steht. Wenn er aber auch ihn | selbst nicht zurückgibt in dem Jahre, | so wird er die einfachen Werthe dazu | erlegen. Wenn er aber stirbt während | des Prozesses, so wird er den einfachen || Werth erlegen. Wenn aber | ein als Kosmos Regierender wegführt oder auf eines Kosmos Anordnung | ein Andrer, so soll er, wenn er abtritt, processiren, und wenn | er besiegt wird, so soll er erlegen von [dem | Tage ab wo] er wegführte, was geschrieben steht. || [Wer aber den] eines Besiegten und den verpfändeten || wegführt, dem sei es | busselos.

Einen Menschen, wer ihn wegführt vor dem Rechtsstreit, || nehme man immer an sich.

Ohne das Urteil als solches zu erwähnen oder gar zu beschreiben²⁾, geht das Gesetz sogleich auf die dem Verurtheilten eventuell erwachsenden Verpflichtungen resp. auf die Exekution ein. Diese Thatsache verliert das Auffallende, das ihr etwa anhaften könnte, wenn man bedenkt, daß die XII Tafeln in Rom nicht anders ein-

¹⁾ XI, 24 f.

²⁾ A. M. Zitelmann c. p. 88 f.: „Das Urteil (I. 23—26) enthält den Ausspruch (pronuntiatio), daß der betreffende Mensch frei oder daß er Sklave des Besitzers, des Nichtbesitzers sei etc.

gerichtet waren. Ich erinnere an die oben behandelte Stelle aus III, init.:

aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt.
post deinde manus iniectio esto. in ius ducito. ni iudicatum facit etc.

Auch hier wird das Verfahren genau beschrieben, aber mit Ausschluss des streng formularen Teils: die Manusinjectionsformel hat in den XII Tafeln offenbar nicht gestanden: die Klagsprüche und was damit zusammenhing, gehörten einer separaten Überlieferung an, die noch lange Zeit Eigentum der eigentlichen Regierungskreise blieb. Ob auch in Gortyn neben unserer und den gleichartigen Rechtsaufzeichnungen eine schriftliche Fixierung der Formeln stattfand, läßt sich nicht hestimmen: es ist wahrscheinlich, daß die Tradition als solche bestimmte Formen allmählich einbürgerte, ohne daß dieselben mit der Sorgfalt beachtet und eingehalten wurden, welche das römische Rechtssystem von jeher charakterisiert hat.

Die Exekution des Urteils scheint primär der rechtlich geordneten Selbsthilfe überlassen zu sein:

*τὸν δὲ νενικαμένον καὶ τὸν κατακείμενον ἄγοντι ἄπατον ἔμεν.*¹⁾

Will der Sieger diesen Weg nicht einschlagen, so kommt es zu einem äußerst komplizierten System von Geldstrafen, das trotz zahlreicher Erklärungsversuche auch jetzt noch nicht völlig durchsichtig ist, zumal da die berufenen Interpreten in der Deutung des entscheidenden Stichworts: es soll von dem Verurteilten eingetrieben werden binnen Jahresfrist *τὰ τρίτῃ εἰ μεῖον, πλείον δὲ μὲ* wesentlich von einander abweichen. Dareste²⁾ erklärt *τὰ τρίτῃ* als ein Drittel, Buecheler und Baunack als das dreifache. Wir schließen uns der letzteren Deutung an. Dann ergibt sich etwa folgende Konstruktion: Der Verurteilte hat eine fünftägige Restitutionsresp. Exhibitionsfrist.³⁾ Kommt er in dieser Zeit seiner Verpflich-

¹⁾ cf. Zitelmann c. p. 97 ff.

²⁾ l'amende sera du tiers ou moindres.

³⁾ Simon c. p. 26 f. giebt für diese Frist folgende Erklärung: „Es ist nun gewifs dabei berücksichtigt worden, daß es zunächst um einen Fall sich handelt, in welchem Gleichheit oder ein Schwanken der Zeugenaussagen herrscht. Man wollte dem Kläger ein gewisses Privilegium einräumen, durch Gewährung einer Frist von fünf Tagen, innerhalb welcher sich eventuell das momentane Gleichgewicht verändern konnte!“ Derselbe Schriftsteller erklärt das Exekutionsrecht unsrer Inschrift folgendermaßen

tung nicht nach, so erfolgt ein neues Strafverfahren, welches gleichzeitig eine Litisästimation in sich schließt: die Versäumnisbuse beträgt 50 resp. 10 Stateren und für jeden Tag der Nichterfüllung 1 Stater resp. 1 Drachme. Für die Exhibition eines Freien muß im Wege magistratischer Coercition gesorgt sein: unmöglich konnte man dieselbe von dem guten Willen eines Privatmannes abhängig machen. Wann der Beamte das Strafsystem verließ und zur Exekution schreiten wollte, war seinem diskretionären Ermessen überlassen: τὸ δὲ χρόνον τὸν δικαστὴν ὁμνύντα κρίνεν. Anders war es in dem einfachen Eigentumsprozesse. Hier konnte man sich wie in Rom durch erhebliche Überzahlung das Eigentum und den Besitz der res litigiosa verschaffen. Diese Überzahlung ist in folgender Weise geregelt: der Beamte darf nach seinem Gutdünken bis zum Ablauf eines Jahres nach erlangter Rechtskraft des Urteils die normierten Geldbußen verhängen, doch mit der Einschränkung, daß die Gesamtsumme (exclusive der einmaligen Mult) das Dreifache von dem Taxationswert des Sklaven nicht übersteigen darf. Ist diese Maximalgrenze erreicht, so tritt noch einmal Erlegung des Sachwerts hinzu, und damit sind die Ansprüche des siegreichen Klägers befriedigt: der Verurteilte darf jetzt den Sklaven behalten. Ob die Maximalgrenze am Ende des Jahres, ob sie schon vorher erreicht ist oder erst nachher erreicht werden würde, das richtet sich eben nach dem Wert des Sklaven, in dessen Taxierung der Richter wohl freie Hand hatte: er konnte nicht bloß die etwaigen Fertigkeiten des Streitobjekts, sondern vielleicht auch den vom Kläger glaubhaft bescheinigten Affektionswert in Anschlag bringen. Wenn wir nun den Taxwerth des Sklaven x nennen, so soll die Buse den dreifachen Wert ($3x$) nicht übersteigen, sondern höchstens erreichen. Ferner soll dieselbe nach den speciellen Bestimmungen der Inschrift bestehen aus 10 St. + je 1 Dr. pro Tag, und endlich ist als zeitliche Grenze dieses Systems von Strafzahlung

(p. 30): „Nach dem fünften Tage tritt die Geldstrafe von 10 Stateren ein, ein Tag darüber vermehrt dieselbe um eine Drachme u. s. f., bis endlich der Sklave ausgeliefert wird. <ad infinitum?> Gar lange wird eine solche Verzögerung nicht gedauert haben . . . Der ganze Betrag nun (10 Stateren + Verzögerungsbuse) wurde zu $\frac{1}{3}$ oder weniger (aber nicht mehr) innerhalb eines Jahres von dem Tage an, wo endlich der Sklave zurückgegeben wurde, gerechnet, gezahlt.“! „Die kleinen Raten, $\frac{1}{3}$ oder weniger, der ausdrückliche Zusatz πῶλον δὲ μὲ sind ein hinlänglicher Beweis für die Erfüllung dieser Bestimmung.“!

ein Jahr festgesetzt. Es darf demnach als Strafgeld höchstens gezahlt werden: 10 Stat. + 354 Drachmen = 374 Dr. oder 187 Stat. Dann folgt noch einmalige Erlegung von x , und für $x + < 187$ oder höchstens $x + 187$ gehört das Streitobjekt dem unterlegenen bisherigen Besitzer:

αὶ δὲ κα μεθ' αὐτὸν ἀποδοῖ ἐν τῷ ἐνιαυτῷ, τὰς ἀπλόους τιμὰς ἐπικαταστήσει.

Beträgt der Wert des Sklaven (x) so wenig, daß nicht ein volles Jahr mit diesen Strafbußen vorgegangen werden kann, so müssen dieselben also spätestens an dem Tage sistiert werden, an welchem der dreifache Wert desselben ($3x$) erreicht ist. Die Strafgrenze beträgt also einerseits zeitlich 1 Jahr (in Geld 187 Stat.), andererseits sachlich $3x$. Also kann man zusammenfassend sagen: die Maximalgrenze betrug 187 St., falls $3x < 187$ St. war; sie betrug $3x$, falls $3x \geq 187$ St. war.

Innerhalb dieser Grenzen — und darin liegt die Bedeutung unseres Gesetzes ¹⁾ — scheint der Richter die Macht gehabt zu haben, schon früher, wenn ihm eine Veranlassung vorzuliegen schien, mit dem Strafsystem aufzuhören und gegen die einfache Erlegung von x den Verurteilten aller Verpflichtung ledig zu sprechen. Darauf bezieht sich, was den Eigentumsprozeß anlangt, die Wendung:

τῷ δὲ χρόνῳ τὸν δικαστὴν ὁμνύντα κρίνειν

und gleichzeitig darauf auch die Worte

ἐνιαυτῷ παράδοσθαι τὰ τρίτη εἰ μεῖον

die auch unmittelbar jenen vorangehn. Wir glauben jetzt den Zusammenhang zu verstehen: von der Zeit, während welcher resp. für welche Bußen angesetzt wurden, hing eben die Höhe der letzteren ab. Bestimmte der Richter unter eidlicher Beteuerung (nämlich seiner bona fides), es solle die Buße nicht 354 Tage, wie es gesetzlich in dem gegebenen Fall möglich war, sondern etwa nur 100 Tage angesetzt werden, so war diese nach den Be-

¹⁾ Es entspricht dasselbe grade in seiner wohlthätigen Latitude nicht sowol der gesetzlichen fixierten Litisästimation der Sakramentalklage als der Verurteilung auf quanti ea res est in dem petitorium der Formularklage, wo auch die gutwillige Restitution — resp. was dem gleich steht — nach der, wenn auch nicht formell ausgesprochenen, Entscheidung des Richters von jeder Strafe, ja sogar von der formellen Verurteilung befreit, wo aber der Ungehorsam gegen den arbitratus des Richters, speziell der böswillige, von diesem durch die in seine Willkür gestellte Taxierung des quanti ea res est geahndet werden konnte und gewiß auch oft geahndet sein wird.

stimmungen der Inschrift ziffernmäßig normiert, nämlich 1 St. + 50 St. + x.

Es bleibt noch die Frage, nach welchem Prinzip etwa der Richter bei einem solchen partiellen Straferlaß verfuhr, resp. aus welchen Gründen ihm das Gesetz diese diskretionäre Vollmacht gegeben haben mag.

Das Wort dieses Rätsels liegt nicht ferne. Die Unterlassung der Restitution kann sehr verschiedene Motive haben. Einen speziellen Fall behandelt die Inschrift episodisch; den der Flucht des Sklaven zum Tempel; eine Scene, die durch die Mysterieninschrift von Andania ¹⁾ bekannt ist. Ein zweiter Fall, der Tod des Sklaven nach Fällung des Urteils aber vor Restitution, wird gleichfalls erledigt und zwar durchaus im Sinne des Systems: es wird (offenbar zu den Tagesbusen bis zum Tode) die Erlegung des Sachwerts verlangt, ganz wie am Ablauf eines Jahres nach Fällung des Urteils. Daneben aber kann die Auslieferung des Sklaven sich durch andere Gründe verbieten, und zwar ohne daß ein dolus der Verurteilten vorliegt z. B. durch Flucht an einen unbekannten Ort. Es wäre wol in hohem Maße unbillig gewesen, hier denselben einem System von Strafen auszusetzen, welches schon durch seine ungemeine Höhe deutlich anzeigt, daß es in erster Linie zur Brechung des Ungehorsams gegen die Staatsgewalt ersonnen ist. Also in all' den Fällen, in denen der Richter der Ansicht war, daß die Nichterfüllung des Urteils weniger dem bösen Willen des Verklagten als andern Umständen zuzuschreiben sei, konnte er die Zuerkennung der Tagesbusen sistieren: ja er hatte sogar die Möglichkeit seiner Auffassung von der relativen Strafbarkeit resp. Verantwortlichkeit des Verurteilten und damit all' den Abstufungen, welche das römische Recht unter den Ausdrücken culpa lata, levis und levissima begreift, in dem früheren oder späteren Termin der Sistierung der Busen Ausdruck und Folge zu geben. Man muß sagen, daß hier trotz der wenig ausgebildeten juristischen Technik mit geringen Mitteln Großes geleistet worden ist, nicht weniger als das römische Prozeßrecht in der Blüte seiner Ausbildung erreicht hat ²⁾.

¹⁾ Zeile 81—85.

²⁾ Ich habe die hier vorgetragene Erklärung der Exekutionsordnung unsrer Inschrift gegeben, ohne mir die Bedenken und Unsicherheiten derselben zu verhehlen, aber doch in der Hoffnung, daß auf diesem Wege die endgültige Lösung zu erreichen sein wird.

Zum Schluß mag noch kurz der Abänderung gedacht werden, welche der Prozeß erlitt, sobald ein Kosmos in demselben Partei war: es wird, offenbar im Interesse der Rechtspflege und gleichzeitig des Ansehns der Beamten, angeordnet, daß in diesem Fall die Verhandlung bis nach dem Amtsantritt des Kosmos vertagt werden soll. Diese Anordnung erstreckt sich auf beide Fälle, sowohl wenn der Kosmos Kläger, als wenn er Verklagter sein würde: „Wenn ein Kosmos weggeführt oder ein ander *κοσμίοντος*“ d. h. den des K., einen Sklaven des Kosmos. Auffällig ist das Fehlen des Artikels, man erwartet *τὸν κοσμίοντος* wie gleich nachher *τὸν νεμικαμένο*, allein das Gesetz bietet auch sonst Ungenauigkeiten im Sprachgebrauch. Auf diese Weise würde der Beamte ein Privileg haben, seine Amtszeit hindurch einen Sklaven für sich auszunutzen, allein das Gesetz macht diesen scheinbaren Vorteil so gleich wieder illusorisch, indem es festsetzt, daß der ehemalige Kosmos im Fall der Verurteilung die Tagesbußen von dem Moment der ductio an zu erlegen hat: er geht also, und zwar je früher in seiner Amtsperiode die ductio stattfand, desto gründlicher der Rechtswohlthat verlustig, die darin besteht, daß der Verurteilte, bei zeitiger Sistierung der Strafbußen durch den erkennenden Richter, nur einen geringen Teil der gesetzlichen Maximalstrafe zu zahlen hat.

Man könnte an und für sich geneigt sein, aus der eben behandelten Anordnung Zeile 53 f. in Verbindung mit Zeile 35 und 46 zu schließen, daß die Amtsperiode des Kosmos eine einjährige war: doch wäre immerhin möglich, wenn auch mir nicht wahrscheinlich, daß die allgemeine Bestimmung, die Tagesbußen dürfen nicht über ein Jahr ausgedehnt werden, gerade auf den Prozeß des ehemaligen Kosmos keine Anwendung fände.¹⁾

¹⁾ Ich bemerke, daß die Angabe der Litteratur im einzelnen, da dieselbe relativ neu und daher leicht zugänglich ist, absichtlich unterlassen wurde.

EXKURSE.

Ein Beitrag zum Verständnis der Legisaktionen.¹⁾

1. Einige Bemerkungen über den Ursprung der possessorischen Interdikte.

Diejenigen, welche einen positiven und konkreten Grund für die Einführung der possessorischen Interdikte zu suchen für nötig hielten, haben die Entstehung des Besitzbegriffs und damit des Besitzrechts entweder an einen speziellen Fall seiner vorausgesetzten Anwendung, nämlich den Schutz der Inhaber von Domanialland geknüpft oder den Besitz in eine nahe, wenn auch nicht immer gleich aufgefaßte Beziehung zum Eigentum gebracht, indem sie ihn als eine Vorstufe desselben ansahen.

Die erstere Theorie ist bekanntlich von Niebuhr ausgesprochen und von Savigny in den späteren Auflagen seiner Monographie rezipiert worden. Sie hat dann das Schicksal gehabt, im ganzen mehr bei Historikern als bei Juristen in Geltung zu stehn²⁾: erst in neuester Zeit ist Dernburg für sie eingetreten³⁾ und zwar mit der Meinung, in ihr erst den wahren Schlüssel für das Verständnis der römischen Besitzlehre gefunden zu haben.⁴⁾

¹⁾ Der Titel bezieht sich auf den Gehalt der folgenden Abhandlung.

²⁾ Niebuhr R. G. II² p. 161 ff. Savigny, Recht des Besitzes p. 198 ff.¹ Marquardt R. St. I p. 100² n. 3. Vorsichtig, wenn auch mit offener Hinneigung Schwegler R. G. II p. 425 ff. Ablehnend Puchta c. II. p. 146³, Rudorff in Z. f. g. R. XI p. 338 und zu Savigny R. d. B. p. 632 f. Bekker in Z. der Savignystiftung V p. 136 ff., bes. p. 143 ff.

³⁾ Dernburg, Der juristische Besitz 1883.

⁴⁾ Dernburg c. p. 4: „Wir müssen entweder beweisen, daß es sich bei jener Hypothese um einen Irrtum, um eine durch den Namen possessio veranlaßte, täuschende Ähnlichkeit handelt. Dann erst ist es erlaubt, die Hypothese Niebuhrs von der Untersuchung der römischen Besitzlehre auszuschließen. . . . Oder wir überzeugen uns von der Richtigkeit der N.schen Hypothese; dann ist sie nicht bloß äußerlich anzuerkennen, . . . vielmehr ist sie dann in den Mittelpunkt der Lehre zu rücken.“

Diese Theorie ist bestechend genug: ohne weiteres erklärt sie gerade die schwerwiegendsten Anomalieen des römischen Besitzrechts, den Ausschluss der *exceptio tituli* und *dominii*. Trotzdem glauben wir an der Meinung festhalten zu müssen, daß diese Auffassung nicht nur in unseren Quellen nicht enthalten ist, sondern daß diese Quellen bei genauer Interpretation ihr entscheidend widerstreben.

Von den zahlreichen Quellenangaben, die Schwegler anführt, und die meist nichts oder doch nicht das, was dieser Gelehrte aus ihnen entnehmen will, beweisen, hat Dernburg zwei als wirklich beweiskräftig angeführt; auf diese Eigenschaft hin werden wir sie demnach zu prüfen haben.

Es handelt sich zunächst um eine Invektive aus der dritten agrarischen Rede Ciceros ¹⁾:

„Quae data donata concessa vendita“ patior; audio; quid deinde? „possessa“. haec tribunus plebis promulgare ausus est, ut, quod quisque post Marium et Carbonem consules possidet, id eo iure teneat, quo qui optimo privatum! Etiamne si vi eiecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? ergo hac lege ius civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur.

Dernburg erklärt die Stelle folgendermaßen:

„Rullus hatte die Allodifizierung der von Marius zu Lehn ausgegebenen Domänen beantragt, und Cicero stellt sich auf den Standpunkt, daß unter *possessa* nur der gegenwärtige, thatsächliche Besitz des Lehnguts verstanden werde, daß hienach die Rechte derjenigen, denen der Besitz *vi clam* oder *precario* entwunden war, verletzt, die Interdikte, welche die Rechte der Vorbesitzer schützten, umgestürzt würden.“

Bei dieser Deutung wäre allerdings der Beweis, daß die Staatslehen durch die possessorischen Interdikte geschützt wurden, nahezu erbracht. Allein schon an und für sich muß es bedenklich machen, daß jene Unterstellung Ciceros eine Albernheit wäre, die nicht bloß auf diesen selbst ein sonderbares Lichtwürfe, der freilich in civilistischen Dingen Unglaubliches geleistet hat, sondern noch mehr auf die Nation und am meisten auf die Antragsteller selbst, denen eine so unsinnige Argumentation ungestraft zugemutet werden konnte. Und wollte man das alles hinnehmen, so bliebe doch das Bedenken,

¹⁾ Cic. de lege agr. III, 3, 11. Dernburg c. p. 29 ff.

dafs Cicero von concessa schon vorher gesprochen hat: dies ist aber gerade nach Dernburgs Meinung der terminus technicus für die Gestattung der Okkupation von Staatslehn in der Form des precarium, als welches derselbe im Anschlufs an Mommsen¹⁾ den Dominalbesitz konstruiert. Also es werden hier concessa und possessa unterschieden, und was das Schlimmste ist: nicht die Bestimmung der concessa zum definitiven Privateigentum erweckt den Zorn des Redners, sondern die der possessa!

Hienach wird man versuchen müssen, die Stelle anders zu erklären.

Rullus hat sicher die Allodifizierung der Domänen beantragt, das liegt in dem Wortlaut (concessa): die „possessa post Marium et Carbonem“, welche „ut optimo iure privata“ angesehen werden sollen, scheinen anzudeuten, dafs Rullus eine Konsolidierung der durch die doppelten Proskriptionen und die Wirren der Revolution ins ungewisse geratenen Verhältnisse derart beabsichtigte, dafs er ein Normaljahr festsetzte, welches in Streitigkeiten als Ausgangspunkt sollte betrachtet werden, etwa wie man im Westfälischen Frieden derart auf das Jahr 1629 zu rekurrieren beschlofs. Es kann hier nicht die Aufgabe sein, die geschichtlichen Konsequenzen dieser Deutung zu verfolgen: allein wir glauben jetzt die Erregung Ciceros zu verstehn, der in der That ein Gesetz von einschneidender Tragweite vor sich hatte, und begreifen dann auch den Einwand, den er macht: nach dem Antrag des Rullus sollen allerdings die Exceptionen vitiosae possessionis wie überhaupt alle Ansprüche und Besitztitel auf liegende Gründe nur in dem Umfange geltend gemacht werden dürfen, als es sich mit dem Prinzip seines Antrags verträgt. Ist diese Deutung richtig, so ist der Ausdruck possessa im weitesten Sinne zu nehmen und jeder Besitztitel ohne Ausnahme darin einbegriffen.

Damit würde die Stelle aus unsrer Untersuchung auszuschneiden haben²⁾.

¹⁾ Mommsen, Staatsrecht I p. 163², 1. II p. 446, 1. Dernburg c. p. 6f. Bekker l. c. sucht dieser Konstruktion mit dem Hinweis auf die zahlreichen Differenzen, welche sich zwischen dem Dominalbesitz und dem eigentlichen Precaristenbesitz finden, den Boden zu entziehen. Eigentlich hat D. schon im voraus darauf geantwortet, indem er einen Teil dieser Differenzen anführt und von vorne herein konstatiert, dafs naturgemäfs die Leihe vom Staat anders entwickelt ist, wie die vom Privatmann. Die ganze Kontroverse hat auf die vorliegende Frage übrigens keinen Einflufs.

²⁾ Ich will nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, dafs eine solche Fest-

Die zweite Stelle ist die Definition der *possessio* bei Aelius Gallus nebst der älteren Interdiktenformel, welche bei Festus¹⁾ erhalten ist:

Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidem agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est <e> rebus quae tangi possunt <nec suum>, qui dicit se possidere, is vere potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his, qui possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur: Uti nunc possidetis eum fundum q(uo) d(e) a (gitur), quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis <quominus> ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.

Allerdings konzipiert die hier erhaltene Interdiktenformel auf *fundum*, die der *Digesten* auf *aedes*; allein wahrscheinlich existierten beide in dem prätorischen Edikt neben einander zum jedesmaligen Gebrauch, und Aelius Gallus wählte die eine willkürlich zu seinem Beispiel. Zudem spricht der Antiquar, wie auch Dernburg selbst bemerkt, hier keineswegs von dem staatlichen Lehnbesitz, sondern vom Grundbesitz im allgemeinen.

Man wird demnach annehmen müssen, daß das magistratische Imperium in der älteren Zeit den Besitzer von staatlichem Domänialland in seiner Rechtssphäre geschützt hat und ist zu dieser Annahme umsomehr gezwungen, als jedenfalls, wie hoch man auch die possessorischen Interdikte hinaufrücken wollte, ein langer Zeitraum, sogar in einer relativ historischen Epoche, gedacht werden mußte, in welchem die Domänialbesitzer doch auf die Staatsgewalt als solche zum Schutz ihres Besitzes angewiesen waren²⁾.

Endlich wenn man auch die Anwendung des V. P. auf die Domänenbesitzer im weitesten Umfang zugeben wollte, was würde daraus für die Domänialtheorie selber folgen, d. h. für die Her-

setzung von Normaljahren, wie überhaupt die Regelung der Bodenverhältnisse gerade in der Sullanischen Epoche auch sonst bezeugt ist; vergl. die Inschrift von Ephesos bei Dittenberger, Sylloge 344. — Die Unterscheidung von *concessa* und *possessa* in der Ciceronischen Stelle findet sich bereits bei Bekker.

¹⁾ Festus sub *possessio* p. 233 M. cf. Bruns-Mommsen fontes p. 353 f.

²⁾ Nur beiläufig mag noch darauf hingewiesen werden, daß bei der Domänialtheorie das *Interdictum Utrubi*, das naturgemäß seine Stelle neben dem *Uti Possidetis* hat d. h. haben soll, in der Luft schwebt.

leitung des *Uti possidetis* aus dem Schutz des prekarischen Laßbesitzes? Fast scheint es, als ob Dernburg diese beiden heterogenen Dinge identifiziert hat. Der „Quellenzeugnisse“ überschriebene Abschnitt seiner Untersuchung beginnt mit den Worten: „Die Ergebnisse, welche sich uns aus der Gestaltung des Verfahrens im *interdictum uti possidetis* aufdrängen“ — nämlich daß dasselbe zum Schutz des Lehnbesitzes eingeführt war — „werden durch gewichtige Zeugnisse aus der republikanischen Periode bekräftigt.“ Aus den nun folgenden Zeugnissen — es sind die oben besprochenen Stellen des Festus und Cicero — sucht aber der Verfasser selber gar nichts anderes zu entnehmen, als daß jenes Interdikt dem Schutz des Laßbesitzes gedient habe, und in der That kann, wenn überhaupt etwas, höchstens dieses aus ihnen gefolgert werden: er schließt diesen Abschnitt aber trotzdem wieder mit den Worten: „So erscheint das auch äußerlich beglaubigt, was sich uns fast mit zwingender Gewalt aus dem Interdiktsverfahren ergab.“

Dieses so lebhaft vom Verfasser betonte Moment wird schließlich noch zu prüfen sein. Dernburg geht von der hergebrachten Annahme aus, daß die Sakramentalklage eine *actio duplex* in dem Sinne war, daß beide Parteien in gleichem Maße beweispflichtig und überhaupt prozessualisch gleichgestellt waren. Dieselbe Eigentümlichkeit findet er in der Duplizität des *Uti possidetis* wieder. In entsprechender Weise scheinen ihm auch die Spezialitäten des Interdiktsverfahrens denen der Vindikation nachgebildet zu sein, und er folgert daraus, daß, wie die *actio sacramento* zur Vindikation des Allods, so das *Uti possidetis* zur Vindikation des prekarischen Lehnbesitzes eingeführt sei.

Allein diese Konstruktion fällt — um von anderem zu schweigen, worauf D. nicht eingegangen ist — mit dem von Eck¹⁾ geführten Nachweise, daß gerade die ältere Form des Interdikts die eines *interdictum simplex* war, wovon sich bis die Digesten eine Spur erhalten hat.²⁾ Davon abgesehen, enthält die spezielle Technik der beiden Prozesse wohl manche Anklänge, aber keine absolute Gleichheit. Unstreitig beginnt die Sakramentalklage mit einer

¹⁾ Eck, Doppelseitige Klagen, bes. p. 30 ff.

²⁾ L. 1 § 5 D. 43, 17: *Perpetuo autem hoc interdicto insunt haec: „quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides.“* Dies ist eben die Fassung der Formel bei Festus, also die ältere Redaktion.

Scheingewalt (*vis civilis*), kraft deren beide Parteien Eigentum beanspruchen, und zweifellos ist alsdann Prozeßgegenstand das von beiden deponierte *Sacramentum*, die in *iudicium* deduzierte Frage aber die, *utrum Agerius an Negidius iniuria vindicaverit*. Allein vergleicht man damit den Interdiktenstreit, so findet man nicht 2 Poenalsummen, sondern 4, nicht 2 Prozeßbehauptungen, sondern in dem regulären Gang 4. Dies zeigt Gaius ¹⁾ Bericht selbst ganz deutlich: *postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit et invicem ambo restipulantur adversus sponsonem*.

Hiernach bildet der Interdiktsprozeß eine Verdoppelung der Sakramentalklage: Wir haben von jeder Partei die Prozeßbehauptung nebst *infinitio* des Gegners. Zieht man aber die von Eck höchst wahrscheinlich gemachte, gleichfalls mögliche Form des *interdictum simplex* zum Vergleich heran, so haben wir in dem letzteren einfache Prozeßbehauptung mit *infinitio* des Gegners, in der *actio sacramento* dagegen Behauptung und Gegenbehauptung ohne *infinitio*. Von einer besonderen Ähnlichkeit oder gar davon, daß das eine Rechtsmittel Vorbild des anderen gewesen sei, dürfte danach nicht die Rede sein.

Aus der komplizierten Technik des Interdikts aber Schlüsse zu ziehen, ist bedenklich. Dernburg, der sie als Argument gegen die Präjudizialtheorie benutzt, bemerkt: „Hätte man eine Prämie darauf gesetzt, ein Verfahren zu erfinden, welches die Entscheidung über jene präparatorische Frage am meisten verwickelte, unter den größten Umschweifen erledigte — wahrlich sie wäre reichlich verdient gewesen.“ Allein verwickelt und voller Umschweife war das Interdikt auch nach Dernburgs Annahme, nur das Ziel der Klage wird von ihm verändert. Er selbst freilich sieht darin eine Nachahmung des alten Vindikationsritus: es habe die Verbrämung mit solchen Dingen nun einmal zu dem Prozeß über römisches Eigen nach der Empfindung jener Zeit gehört, man habe die Formalitäten der echten Vindikation womöglich nach übertrumpfen wollen. „Der Emporkömmeling macht eben die Manieren des vornehmen Mannes aus altem Geschlecht nicht nur nach, sondern sucht sie zu überbieten.“ Ich bekenne, daß mir diese Auffassung jene Formen weniger ernsthaft zu nehmen scheint, als sie es doch vielleicht verdienen möchten. Den Legisaktionsprozeß hat man eben seiner Weitläufigkeit wegen

¹⁾ Gaius IV, 166.

relativ früh fallen lassen: die Interdikte, deren Entstehung gerade in die Zeit der sinkenden Legisaktionen fällt, nicht bloß festgehalten, sondern auf ein immer größeres Gebiet ausgedehnt und erweitert, ohne auf eine Verkürzung dieses Verfahrens in der klassischen Zeit Bedacht zu nehmen.

Die Verbindung von Besitzerschutz und Eigentumsschutz ist eindringend von Ihering¹⁾ und Krueger²⁾ einerseits und von Bekker³⁾ andererseits vertreten worden. Die ersteren statuieren jenen Zusammenhang vom Standpunkt des Civilrechts: Ihering nennt den Besitz realistisch ein Vorwerk des Eigentums, Bekker vom Standpunkt des Civilprozeßrechts: er möchte den Besitzstreit, das possessorium, als Vorwerk des Eigentumsstreits, des petitoriums, bezeichnen. Somit lassen sich diese Ansichten, deren Verschiedenheiten man nicht zu verkennen braucht, immerhin den prinzipiell entgegengesetzten Theorien als eine einheitliche Auffassung entgegenstellen, umso mehr als auch Ihering das prozessuale Moment keineswegs außer acht läßt. Denn er sieht im Besitzer zwar a priori den präsumtiven Eigentümer, betont aber ausdrücklich, daß der Schutz des Besitzes eine notwendige Ergänzung des Eigentumsschutzes sei, eine zunächst nur dem Eigentümer zugedachte Beweiserleichterung, die nur abusivisch und gegen den eigentlichen Willen des Gesetzes auch dem Nichteigentümer zu gute kommt, wie z. B. auch das notwendige und heilsame Prinzip der Rechtskraft des Urteils im einzelnen Fall einem thatsächlich ungerechten Urteil zur Rechtskraft verhelfen kann und muß.

Wir glauben nicht, dieser Auffassung neue und entscheidende Momente entgegenstellen zu können, meinen aber als persönliche Überzeugung aussprechen zu sollen, daß gerade an den wesentlichsten Stellen unsrer Überlieferung der Besitz eher im Gegensatz zum Eigentum, denn als dessen Vorstufe erscheint. Nicht nur daß den Zwang, auf das possessorium die Eigentumsklage folgen zu lassen, schwerlich jemand der unterliegenden Prozeßpartei wird aufdrängen wollen: vom Standpunkt der Praxis wie unsrer Quellen selbst, wenn man sie genau interpretiert, kann der Besitzprozeß nur im Gegensatz zur Vindikation seine eigentliche

¹⁾ Ihering, Über den Grund des Besitzerschutzes in seinem Jahrb. IX p. 44 ff.

²⁾ Krueger, kritische Versuche 1870 p. 74 ff.

³⁾ Bekker, Recht des Besitzes 1880 p. 92 ff. u. Z. der Savignystiftung V p. 136 ff.

Stellung erhalten. Die Arten des Besitzerwerbs sind ganz andere als die des Eigentumserwerbs: es können zwei Parteien, mit Recht oder Unrecht, sich juristischen Besitz zuschreiben, ohne daß eine von ihnen daran denkt, auch Eigentum zu beanspruchen. Dieser Satz, der in gewissem Umfang noch heute wahr ist, gilt in viel höherem Grade von Altrom, wo das Festhalten an der Form die Erwerbsarten civilen Eigenthums in erheblicher Weise beschränkte. Daß diese Auffassung nicht von uns Modernen in das Altertum hineingetragen wird, zeigt unsere älteste Quelle über römisches Besitzrecht, der Auszug aus Aelius Gallus bei Festus, welcher oben citiert ist.

Hier und nicht blofs hier¹⁾ finden wir den Besitz gerade im Gegensatz zum Eigentum. Gerade weil Besitzrecht als solches dem ältesten Civilrecht fremd ist, welches von dinglichen Rechten nur Eigentum und Servituten kennt, hat die prätorische Jurisprudenz das Interdiktenrecht ebenso wie das bonitarische Eigentum dem quiritischen entgegengestellt. Und richtig betrachtet ergeben auch die von den Gegnern mit besonderer Vorliebe citierten Auslassungen von Gaius²⁾ und Ulpian²⁾ nichts, was diese Auffassung ent-

¹⁾ Nach dem Vorgang v. Savigny c. p. 201 citiert Dernburg für die Gegensätzlichkeit von Besitz und Eigentum eine Auslassung von Javolenus: L. 115 D. 50, 16: *quicquid apprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus*. Später, als das Eigentum seine Exklusivität zum grofsen Theil einbüfste, verlor dieser Gegensatz seine Schärfe; für diese Epoche könnte man die abweichenden Ausführungen von Bruns Besitzklagen p. 10 ff. acceptieren. Wichtig ist auch, daß die Anstellung der petitorischen Klage nicht als Verzicht auf das *Uti Possidetis* angesehen wird. cf. Savigny c. p. 391 ff.

²⁾ *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt VTI POSSIDETIS et VTRVBI. — — Et siquidem de fundo vel aedibus interdicatur, eum potius esse praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat etc.* Gaius IV, 148 ff.

Dieselbe Ausführung findet sich in etwas verkürzter Gestalt in den Institutionen wieder, welche aber dann ihrerseits die Wichtigkeit des Besitzes im petitorium ausführlich darlegen: *Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat. et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. commodum autem possidendi in eo est, quod etiam si eius res non sit, qui possidet, si modo actor non*

kräften könnte. Denn wenn Ulpian als *causa interdicti proponendi* anführt „*quod separata possessio esse debet a proprietate*“, so liegt in diesem allgemeinen und umfassenden Prinzip eher eine Ablehnung als eine Annahme der Präjudizialtheorie; wenn die Absicht vorlag, dem Besitzrecht eine selbständige Stellung dem Eigentumsrecht gegenüber zu verleihen — Ulpian will nicht *possessorium* und *petitorium* trennen, sondern in erster Linie Besitz und Eigentum —, so konnte unmöglich der Besitzschutz an die Voraussetzung geknüpft werden, daß der Schutzsuchende nicht bloß Besitz, sondern auch Eigentum beanspruchen werde, wie das ja auch faktisch nicht geschehen ist. Das etwa nachfolgende *petitorium* war vom Standpunkt des Besitzprozesses etwas rein Zufälliges. Daß dies Ulpians Auffassung ist, ergibt sich aus dem Verlauf der Stelle: von jener allgemeinen *causa proponendi interdicti* unterscheidet der Jurist die *causa reddendi interdicti* d. h. des einzelnen im Spezialfall: *Est igitur hoc interdictum retinendae possessionis, nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet tueretur, ne amittatur possessio*. Der Prätor erläßt also ein allgemeines Verbot gegen jede Besitzstörung und giebt eben damit seine Absicht zu erkennen, den Besitz als solchen ohne jeden Nebengedanken zu schützen. Ob ein Eigentumsprozeß sich an den Besitzstreit anschließt, ist für die Auffassung desselben dogmatisch gleichgültig. In der geschichtlichen Seite der Frage kann man auf Gaius' Angabe hin zugeben, daß einer von den Gründen, welche den Besitzerschutz nahelegten, der Streit über die Parteirollen in der Eigentumsklage gewesen sein mag, obwohl man hierbei nicht vergessen darf, daß Gaius streng genommen nur von der praktischen Übung¹⁾ der Interdikte

poterit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petitemorem iudicari solet. § 4 J. IV. 15.

²⁾ Ulpian im Ediktskommentar, L. 1 §§ 2, 3 D. V. P. 43, 17: *Huius autem proponendi interdicti causa haec fuit, quod separata possessio esse debet a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. — Inter litigatores igitur, quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit uter petitor, aut non convenit; si convenit absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alter uter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.*

¹⁾ Die Betonung des Unterschiedes von *interdictum propositum* u. *redditum* zuerst bei Bruns c. p. 19—27. Br. betrachtet als *causa interdicti* pro-

zu präparatorischen Zwecken spricht: selbst die Wendung: *huius rei comparata sunt Uti Possidetis et Utrubi* kann für Gaius zunächst nur bedeuten, daß die für ihn maßgebende Rechtsquelle, das *Edictum perpetuum*, diese Rechtsmittel und zu diesem Zweck aufgestellt hat. Daß dieser Zweck in späterer Zeit mehr hervortrat, hängt mit der Entwicklung des Eigentumsrechts zusammen, welche es ermöglichte, daß zahlreiche anfangs petitorische Hilfsmittel rein possessorisch verwandt werden konnten; ich erinnere an die *Publiciana* u. a.

Dies sind die beiden Besitztheorien, welche von der Annahme konkreter Gründe des Besitzeschutzes ausgehn. Dasselbe kann von den sonst noch geltend gemachten nicht gesagt werden: dieselben sind so allgemein gehalten, daß sie implicite das ausdrücken, was denn auch als der eigentliche Standpunkt der modernen Besitzeslehre bezeichnet werden darf: daß vom Standpunkt des römischen Rechts ein spezieller Grund des Besitzeschutzes nicht zu entdecken ist. Bruns¹⁾ führt einmal eine Bemerkung eines von ihm nicht genannten Freundes an, freilich ohne sie zu billigen: „warum der Besitz geschützt werde, sei gleichgültig; es komme nur darauf an, daß er geschützt werde, er sei zwar an sich ein Faktum, allein das Gesetz habe ihn aus irgend welchen legislativen Zweckmäßigkeitsgründen, die sich nicht genau spezialisieren ließen, bis auf einen gewissen Grad mit rechtlichem Schutze versehen und hiermit insofern für ein Recht erklärt.“ Über diesen Satz ist eigentlich die moderne Theorie nicht hinausgekommen, und wenn Bruns²⁾ seinerseits eine neue Doctrin auf den Satz von Paulus³⁾ aufbauen will:

Possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille, qui non possidet,

so scheint diese Stelle lediglich jene Auffassung zu bestätigen, daß im Besitz das Gewaltverhältnis als solches geschützt werden sollte¹⁾

ponendi d. i. der Einführung desselben die Trennung der Besitzfrage vom Eigentum (Ulpian sagt nur des Besitzes vom Eigentum) im Sinne Iherings; als *causa reddendi interdicti* d. i. des Erlasses in jedem Spezialfalle die Verhütung von Gewalt und kommt so zu dem befremdenden Resultat, daß der Erlaß des Spezialinterdikts ein umfassenderes Prinzip zur Ursache hat, als der allgemeine Einführungsgrund des Interdikts selbst. cf. p. 23. Man wird doch wol eher das Umgekehrte erwarten.

¹⁾ Bruns, Besitzklagen, p. 273.

²⁾ Bruns c. p. 263—299, bes. p. 273 ff.

³⁾ L. 2 D. 43, 17.

und dieser Annahme gleichzeitig die Bruns'sche keineswegs zu widersprechen. Wenn man jenen Gedanken als den Mittelpunkt der Besitzlehre festhält, so finden die Eigentümlichkeiten derselben, soweit wir sehen können, ihre volle Erklärung. Wollte man den Besitz als solchen schützen, so war der Ausschluss aller petitorischen Einreden ebenso wie der vitiöser Besitzerlangung von einem dritten notwendig; sonst hätte man im ersteren Fall den Eigentumsprozess eingewickelt in den Besitzprozess, im zweiten Fall aber eine Kognition über Dinge erhalten, die ganz aus dem Rahmen der Streitfrage fielen: hatte der Beklagte die Sache eines Dritten gestohlen, so mochte sich dieser melden und einschreiten: auf das Recht des Klägers konnte dieser Umstand doch nicht den geringsten Einfluss ausüben, und Sache des Richters im Civilprozess ist es nicht, die objektiven Rechtsverhältnisse einer Sache der ganzen Welt gegenüber, sondern die subjektive Berechtigung der beiden Prozessparteien festzustellen. Der Schutz des Besitzes hat die Ermittlung desselben zur notwendigen Voraussetzung: während daher im allgemeinen in jedem anderen Civilprozess die eine (klagende) Partei einen Anspruch und zwar der anderen (beklagten) Partei gegenüber erhebt, den zu erfüllen diese sich weigert, so haben wir in dem zweiseitigen Possessorium zwei Parteien, die nicht etwa denselben rechtlichen Anspruch erheben, denn in diesem Falle hätte wieder die in der Ausübung ihres Rechts thatsächlich behinderte Partei gegen die hindernde zu klagen, sondern die denselben thatsächlichen Zustand behaupten und in diesem auf Grund der Thatsächlichkeit geschützt zu werden verlangen.¹⁾ So verstehen wir die Zweiseitigkeit der reinen Besitzklage als etwas, was ihrem innersten Wesen immanent ist: denn da beide Parteien denselben Zustand behaupten, so wäre es Unrecht, eine von ihnen im Beweise zu bevorzugen.

2. Kontravindikation und Vindizienregulierung.

Die Beschreibung der Sakramentalklage bei Gaius²⁾ lautet:

Si in rem agebatur mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc mo-

¹⁾ Dem Besitzer wird der *vi clam precario* vom Gegner um den Besitz Gebrachte durch iuristische Fiction gleichgestellt. Daher die bekannte Lehre von der *possessio duorum in solidum*: der deizirte, der nur noch *animo* den Besitz retinirt, wird dem vitiös besitzenden Deizienten gleichgestellt.

²⁾ Gaius IV, 16.

dum: qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat velut hominem et ita dicebat: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi; ecce tibi vindictam imposui, et simul homini festucam imponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque vindicasset, praetor dicebat: mittite ambo hominem. illi mittebant. qui prior vindicaverat <aiebat¹⁾>: postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris. ille respondebat: ius peregi sicut vindictam imposui. deinde qui prior vindicaverat dicebat: quando tu iniuria vindicavisti, *D* aeris sacramento te provoco. adversarius quoque dicebat similiter:²⁾ et ego te. Scilicet <si de re maioris quam *M* aeris agebatur *D*, si de minoris> *L* asses sacramenti nominabant.³⁾ Deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur.

Das erste, was an dieser Darstellung auffallen muß, ist die Thatsache, daß beide Prozeßparteien zu derselben positiven Prozeßbehauptung gezwungen sind: Vindikant wie Kontravindikant haben „hanc rem meam esse aio“ etc. auszusprechen. Diese Thatsache hat so zahlreiche Schwierigkeiten im Gefolge und widerspricht dem altrömischen Prinzip, daß Beklagter ohne positive Behauptung resp. Beweis durch bloßes Negieren seiner Verteidigungspflicht genügt, derartig, daß eine Fülle von Versuchen gemacht worden ist, diese Kontravindikation entweder zu erklären oder unschädlich zu machen: ja es hat nicht an dem Versuch gefehlt, dieselbe einfach aus der Welt zu schaffen. Indem wir dieses letztere Bestreben zunächst auf sich beruhen lassen, unterscheiden wir in der Auffassung der Eigentumsgegenbehauptung drei verschiedene Theorien.

Die herrschende Meinung entnimmt aus der Gleichheit der beiden Prozeßbehauptungen die volle Gleichheit der Prozeßparteien, denen hiernach beiden die gleiche Beweislast obliegt. Am schärfsten formuliert Eck: „Im römischen Sakramentalprozeß gehörte es zur Verteidigung des Beklagten, daß er zugleich als

¹⁾ So Brinz, Zur Contravindication 1877 p. 107. Lotmar, Legis actio p. 140: dicebat. Anders Huschke, über dessen weitgehende Aenderungen ich ganz so wie die eben Genannten denke.

²⁾ Similiter wird meist zur Formel gezogen. Lotmar c. p. 46 ff.

³⁾ So Krueger-Studemund. Andere anders. Die Stelle hat etwas Befremdendes. Lotmar, kritische Studien p. 102 ff. hält sie für ein Glossem.

Ein Versuch, die Duplicität herzustellen, bei Eisele, krit. Vierteljahrsschrift 1877 p. 517 ff.; dagegen außer Lotmar l. c. Brinz c. p. 109 f.

Widerkläger mit allen Rechten und Pflichten eines solchen auftrat.“¹⁾

Die andere Theorie sieht in der positiven Gegenbehauptung des Beklagten ein wesentlich formales Element, das man auf verschiedene Weise zu erklären sucht, dem man aber keinen Einfluss auf die Gestaltung des Prozesses einräumt: vielmehr nimmt man die Trennung der Parteirollen als etwas von vornherein Gegebenes und betrachtet den Beweis seines Besitztitels als Sache des nicht-besitzenden Klägers²⁾.

Eine dritte Theorie, welcher die Bedeutung ihrer Vertreter — es sind zum Teil die Begründer des römischen Civilprozeßrechts gewesen — früher eine große Verbreitung verschafft hatte, ging dahin, daß durch die Erteilung der Vindizien die Trennung der Parteirollen in die des Klägers und des Beklagten geschehen sei: diese Meinung dürfte heute, obwol noch von gewichtigen Vertretern an ihr festgehalten wird³⁾, als durch wesentliche Gründe widerlegt gelten⁴⁾.

Hervorgerufen ist die erste Theorie, wie schon bemerkt, durch die Thatsache, daß auch der Beklagte, der Kontravindikant, mit der positiven Eigentumsgegenbehauptung aufzutreten hatte: ihre Stütze

¹⁾ Eck, doppelseitige Klagen 1870 p. 150 cf. p. 7–27. Derselben Meinung Karlowa, Civilprozeß p. 85 f. Krueger, Kritische Versuche p. 74 f. Ihering, Geist III p. 93 (in der zweiten Auflage und nach der Kritik von Eck); Brinz, Zur Contravindication 1877 p. 95–146.

²⁾ So wie es scheint Huschke, Gaius p. 188, wenn auch unter Verquickung mit der dritten Theorie. Goeppert, krit. Vierteljahrsschr. XIV p. 532 ff. Leist, Erbschaftsbesitz p. 131 f. 139 f. Muenderloh, Z. f. R. XIII p. 445 ff. Ihering, Geist III p. 92 der ersten Auflage.

³⁾ Keller p. 68; Bethmann-Hollweg I p. 144; ihnen folgten Wetzell, Vindication p. 5 ff.; Huschke, Multa p. 459; Bekker, Aktionen I p. 207 ff. Die Litteraturangaben bei Wach zu Keller p. 64 u. 68 f. behandeln die zweite und dritte Theorie als identisch: eine Anordnung, die das volle Verständnis der Frage erschwert.

⁴⁾ Zuerst geltend gemacht von Eck, c. p. 10 ff. cf. Karlowa, Beiträge p. 53. Civilprozeß p. 85 f. Krueger, Versuche p. 74.

Gaius IV, 16: Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat id est aliquem possessorem constituere eumque iubeat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum. Die Tragweite von Gaius' Ausdruck sucht abzuschwächen Bekker in Z. der Savignystiftung V p. 136 ff.: es seien die Worte dieses Schriftstellers von ihm selbst nicht erwogen und daher von den Modernen nicht zu urgieren. Sonst hätte Gaius von zweien nicht sagen können: aliquem. Allein gerade mit diesem aliquem (irgend einen machte er zum Besitzer) wird die absolute Willkür des Beamten auch sprachlich in der denkbar schärfsten Weise betont.

entnimmt dieselbe nicht zum wenigsten aus der von Gaius an der mitgeteilten Stelle bezeugten prinzipiellen Willkür der Vindizienregulierung. Daraus deduziert Brinz¹⁾ mit scheinbarem Recht, daß der Besitz des Beklagten in dem Prozeß als nicht vorhanden oder als rechtlich irrelevant betrachtet worden sei. Ist das richtig, gilt auch der Beklagte beim Beginn des Prozesses nicht als Besitzer, dann müssen beide Parteien gleichmäÙig Eigentum behaupten und beweisen. Damit geben wir allerdings den Grundgedanken der späteren Vindikation, wie ihn die petitorische Formel der zweiten Periode zeigt, aus der Hand: Eigentum und Besitz kann ich prinzipiell nur von jemandem durch Klage erlangen wollen, den ich als thatsächlichen Besitzer anerkenne. So kommen wir denn auf diesem Wege bei korrekter juristischer Konstruktion zur Auffassung der dinglichen Sakramentalklage als einer Feststellungsklage, einer notwendigen Verbindung von Klage und Widerklage. Der Klagantrag des Klägers und Widerbeklagten geht dann sachlich auf die Verurteilung des Beklagten und Widerklägers zur Anerkennung des klägerischen Eigentums²⁾ und umgekehrt.

Als das wesentlichste Hindernis der Annahme, daß der Besitzer in dem alten petitorium irrelevant, dieses selbst demnach eine Doppelklage gewesen sei, erscheint uns das Ritual der Emancipation und in iure Cession. Beide sind bekanntlich Eigentums- und Besitz- resp. Gewaltrechtsübertragung in der Form einer Sakramentalklage mit confessio in iure des Cedenten resp. Mancipanten. Nun ist es doch absolut notwendig, daß, wer jemandem eine Sache oder ein Recht rechtsgültig übertragen soll, nicht bloß im Besitz ist, sondern zum mindesten von der Gegenpartei d. h. dem Cessionar resp. Mancipatar als im Besitz befindlich anerkannt wird. Wer durch confessio in iure bei Emancipation die patria potestas über seinen Sohn verliert, muß sie doch vorher gehabt haben! Und wer den Sohn eines anderen durch Scheinvindikation adoptiert, erkennt den, von dem er ihn adoptiert, durch diesen Akt selbst als bisherigen Gewaltherrn an.

Für seine Auffassung der Sakramentalklage als Feststellungsklage hat Brinz¹⁾ auch die Natur der Definitivsentenz, die nur über

¹⁾ Brinz c. p. 124—139.

²⁾ L. 25 Pr. D. 44, 7: in rem actio est, per quam rem nostram petimus, quae ab alio possidetur.

³⁾ Eck c. p. 7 ff.

⁴⁾ Brinz, Z. der Savignyst. IV p. 175 cf. cap. II Anfang.

die Sakramente entschied, angeführt. Es ist ganz richtig, die Sakramentalklage kennt keine *condemnatio in rem*. Wenn Beklagter, falls er die Vindizien erhalten hätte, nach der richterlichen Erklärung, daß sein *sacramentum iniustum* sei, die Befriedigung des Klägers unterliefs, so erfolgte Abschätzung der Sache in dem *arbitrium litis aestimandae*, und nun war dem siegreichen Kläger der Exekutivprozeß auf die so festgestellte Summe gegen den Verurteilten an die Hand gegeben.

Allein gerade dieses Verfahren zeigt, daß wir die Sakramentalklage nicht mit den eigentlichen Präjudizien der späteren Zeit auf eine Reihe stellen dürfen. Die Entscheidung in einem Präjudizialverfahren kann als solche nie eine Obligation begründen: sie konstatiert Thatsachen, die wol unter Umständen, in einem neuen Prozeß geltend gemacht, vermögensrechtlich relevant werden können, schafft aber keine Obligation. In der Sakramentalklage aber muß nach prozessualer Vorschrift oder Übung die Entscheidung über die Sakramente zugleich stillschweigend als eventueller Restitutionsbefehl gegolten haben. Denn daß die Obligation besteht, zeigt die zu ihrer Geltendmachung vorhandene Form, die Exekutivklage. Als Substrat derselben das *arbitrium litis aestimandae* anzunehmen, ist unmöglich, dasselbe ist keine Klagart, sondern eine einseitige richterliche Verfügung¹⁾; es schafft keine Obligation, sondern setzt nur eine bereits bestehende in Geld um. Es ist eine Vertragsnovation. Dies zeigt sich schlagend in dem Umstand, daß Einreden aus der *causa* der durch das Urteil begründeten Schuld hier nicht mehr in Betracht kommen.

Wir kommen nun zu der scheinbaren Nichtbeachtung, welche der Besitz des Beklagten durch die freie Vindizienregulierung des Prätor erfährt. Auf dieser Basis steht im wesentlichen die Argumentation von Brinz, die sich kurz etwa so zusammenfassen ließe:

1. Die Konstituierung eines interimistischen Besitzers durch die Vindizienerteilung ist ein Beweisgrund, daß im Anfang des Streits keine der Parteien als Besitzer gegolten hat.
2. Ein zweiter Beweisgrund ist die Schaffung der possessorischen Interdikte. Dieselben sind künstlich und raffiniert, also spät. Vor ihnen aber gab es kein Rechtsmittel zur Entscheidung des bloßen Besitzes, der Frage, wer Besitzer sei.

¹⁾ Cic. pro Cluentio 16: *aestimationem litium non esse iudicium* cf. Karlowa, Civilprozeß p. 146.

3. Denn da die Vindizienerteilung interimistische Besitzeskonstituierung ist, so ist dieselbe unmöglich, wo definitive Besitzeskonstituierung durch die Interdikte voranging. Andererseits, solange diese Interdikte fehlten, gab es eben kein Rechtsmittel zur Entscheidung des Besitzes, denn die Interdikte sind dazu erfunden.
4. Hätte der Prätor durch Dekret die Besitzfrage und damit über Parteirollen entschieden, so wäre das Interdikt ein Übergang vom Einfachen zum Künstlichen, ferner nach diesem Dekret über Parteirollen das über Vindizien etwas Überflüssiges, eine Tautologie gewesen.

So scharfsinnig diese Ausführungen gedacht und so kunstvoll dieselben vorgetragen sind, der bedenkliche Punkt derselben scheint uns die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vindizienerteilung und Besitzeschutz zu sein. Brinz betrachtet Vindiziendekret und Entscheidung über Besitz im Sinne der possessorischen Interdikte als wesentlich analoger Natur: allein schwerlich mit Recht.

Die possessorischen Interdikte ermitteln, wer von den Parteien Besitzer ist; eine Konsequenz dieser Ermittlung ist die Scheidung der Parteirollen, falls es zur Eigentumsklage kommt. Das Vindiziendekret ist eine rein willkürliche Besitzeskonstituierung; nichts hindert den Prätor, dem Sieger im Interdiktenprozeß die Vindizien abzusprechen. Nehmen wir nun an, die Rolle des späteren Interdikts hätte anfangs ein einfaches Dekret des Beamten vertreten, so folgt, daß die Notwendigkeit des noch folgenden Vindiziendekrets nicht als Grund gegen jenes erste darf angeführt werden: ja nicht einmal so viel kann mit Sicherheit gesagt werden, daß der Prätor in beiden Dekreten ein und denselben zum Besitzer machte ¹⁾. In dem ersten hatte er zu entscheiden, wer im Moment der Klaganstellung dem Gegner gegenüber als nicht doloser Besitzer zu erachten sei und daher die Beklagtenstellung einzunehmen habe. In dem zweiten Dekret kam diese Rücksicht nicht in Betracht: in einem einzelnen Falle z. B. mochte der Beamte durch den Umstand sich beeinflussen lassen, daß Beklagter, den er eben als solchen konstituiert hatte, ein nicht sorgsamer Hauswirt war, daß eine Verschlechterung der Sache durch ihn zu befürchten sei etc. Hierbei auf die zu stellenden praedes sich zu verlassen, wäre gewiß nicht Sache eines besonnenen Richters gewesen. Diese Auffassung, daß Vindizien und Interdikte

¹⁾ So Lotmar, Studien p. 133.

sich weder ausschließen noch überflüssig machen, scheint durch die Verhältnisse geboten: denn die Annahme, daß Sakramentalklage und Interdikt nie neben einander bestanden haben, daß also das letztere erst in der Zeit des Formularprozesses aufkam — eine Annahme, zu der man im anderen Falle gezwungen ist — entbehrt jeder quellenmäßigen Begründung. Auch daß wir uns scheinbar genötigt sehn, eine Entwicklung vom Einfachen zum Künstlichen zu statuieren, indem wir das komplizierte Interdikt an die Stelle des einfachen Dekrets treten lassen, erscheint keineswegs bedenklich: das Interdikt hatte eben noch mehr und noch wichtigere Funktionen, als die Erledigung der Besitzfrage vor dem Eigentumsprozesse. Entscheidend aber ist der Umstand, daß durch die freilich komplizierte Technik der Interdikte etwas anderes erreicht wurde: die Ablösung dieser Frage von der prätorischen Kognition und Überweisung an die Geschworenen: es war wiederum eine bedeutsame Schwächung der magistratischen Gewalt und damit etwas, was durchaus im Gang der römischen Entwicklung lag. Daß aber, weil durch Interdikte über die Besitzfrage und die Parteirollen im Eigentumsprozesse entschieden wurde, eine Entscheidung darüber vor den Interdikten nicht möglich war, wird niemand behaupten wollen¹⁾.

Allein wenn auch nicht die angebliche Inkompatibilität von Interdikt und Vindiziendekret, so könnte doch die bloße Thatsache des letzteren als ein Argument für die gegnerische Auffassung betrachtet werden. Die Frage drängt sich unabweisbar auf: Wie kommt es, daß mein Besitz während des Prozesses durch magistratisches Dekret aufgehoben werden darf? Ist das nicht Rechtsverletzung, wenn wir von der Annahme eines entweder feststehenden oder richterlich entschiedenen Besitzes ausgehn? So sagt Brinz: „Es ist Recht des Besitzes, nicht Ausfluß erst einer magistratischen Verleihung, daß Beklagter auch während des Prozesses im Besitz bleibe²⁾. Diese Auffassung hat etwas unleugbar Natürliches, und es erscheint als ein unabweisbares Bedürfnis, für die Vindizienregulierung eine Erklärung zu suchen. Dieselbe kann naturgemäß nur in der gesamten Auffassung des Prozeßverfahrens gefunden werden.

¹⁾ Lehrreich ist der zuerst von Bruns gegebene Hinweis auf den Freiheitsprozesse. Hier haben wir ein praeiudicium zur Ermittlung der Parteirollen, dann Sakramentalklage mit Vindizienerteilung, letztere aber — was schlagend ist — gesetzlich normiert, also unabhängig vom Ausfall des praeiudicium.

²⁾ Brinz, *Contravindication* p. 134.

So bedenklich es auch sein mag, diesen Tummelplatz der willkürlichsten Konjekturealkritik zu betreten, die sich mit Vorliebe an der Bedeutung des *Sacramentum* versucht hat: über die Grundlagen wird sich mit einiger Wahrscheinlichkeit eine Verständigung erreichen lassen.

Das *Sacramentum* ist eine Summe Geldes, welche jede Partei dem Staat schulden zu wollen verspricht, falls sie im Prozeß unterliegt. Man hat auf den Namen hin, welcher bekanntlich gewisse Modalitäten des Fahneneides bedeutet, auch im Prozeß an ein Streiten mittelst Schwures gedacht. Dann erhielten wir im Sakramentsprozeß eigentlich eine Untersuchung wegen Meineid, was nicht glaubhaft erscheint und dadurch nicht glaubhafter wird, daß einerseits zwischen fahrlässigem und dolosem Meineid hierbei nicht unterscheiden, andererseits eine immerhin geringe Summe als Strafe für ein schweres Vergehen gesetzt werden würde. Und noch dazu wird diese Summe abgestuft nach dem Wert des Streitobjekts! Soll wirklich den Römern zugetraut werden, sie hätten den Meineid oder selbst den Falscheid verschieden beurteilt je nach dem Wert des Objekts, welches der Schwur betraf? Erscheint überhaupt eine Auffassung denkbar, nach der zwei Parteien nicht über Eigentum gerichtlich streiten konnten, ohne daß eine von ihnen zum Meineid gezwungen wurde — denn eine Partei mußte ja notwendig Unrecht haben? Diese Einwendungen gelten ebenso der Anschauung, daß das *sacramentum* eine Strafe resp. ein *piaculum* zur Sühne des falschen Eides sei¹⁾, wie der verwandten Auffassung, es sei dasselbe statt der gesamten Habe für den Fall des Falscheides von dem Schwörenden ausgesetzt²⁾.

Übersieht man nun die Technik des gesamten Verfahrens, so erscheint als die Idee desselben der Kampf um die Sache, der anfangs real ausgefochten wurde und der jetzt noch symbolisch angedeutet wird, nachdem er in seinem Wesen durch die richterliche Entscheidung ersetzt worden ist. An einen Zweikampf um die Sache zu denken, verbietet die Natur des römischen Rechts, dem im Gegensatz zu dem germanischen der gerichtliche Zweikampf fremd ist. Vielmehr nimmt im römischen Recht eine umfassende Stelle der Kampf um ein Recht in Gestalt der Selbst-

¹⁾ Danz, *Sacramentum* in Z. für Rechtsgeschichte VI p. 389 ff.

²⁾ Karlowa, *Civilprozefs* p. 17 ff. Eine phantastische Kombination bei Huschke, *Multa* p. 353 ff.

hilfe resp. der Notwehr noch spät bis in historische Zeit ein. Bekannt ist, wie noch lange das Prinzip der Selbsthilfe in der späteren Jurisprudenz diskutiert und umgrenzt wurde, und eine wie bedeutsame Rolle gerade das daraus resultierende Vertreibungsrecht in der Besitzlehre gespielt hat. Der maßgebende Grundsatz blieb stets, dass dem Berechtigten nicht bloß die gewaltsame Verteidigung seines Rechts, sondern sogar die gewaltsame Wiedereroberung seines Eigentums gestattet, ja in gewissem Sinne zur Pflicht gemacht war. Als ein Produkt dieser Auffassung erscheint die Sakramentalklage. Wir brauchen deshalb kaum in den Urbrei der Vorzeit hinabzutauchen, um in dem Ritual der Sakramentalklage die Fiktion eines gewaltsamen Eroberungsversuchs und einer ebenso gewaltsamen Abwehr zu erkennen. Es ist dies genau dieselbe Idee, die dem Interdiktenverfahren zu Grunde liegt, das ganz gewiß nicht der Abwehr realer Gewalt gilt, man müßte denn glauben, daß der Prätor Gewaltübung erst befohlen und dann bestraft hätte. Vielmehr ist die Sache so zu denken: Wenn ich meinem Gegner, der meine Sache haben will, mit Gewalt entgegenrete oder ihm, wenn er meine Sache hat, dieselbe gewaltsam entreiße, so üben beide Gewalt; allein derjenige übt erlaubte, also straffreie Gewalt, der bei derselben sich auf das Recht berufen kann, der es ausübte zur Verfolgung seines Rechts. Soll also über die Berechtigung der beiderseitigen Gewalthandlungen geurteilt werden, so muß über die denselben zu Grunde liegenden Rechtsansprüche entschieden werden. So kommt es, daß in der Sakramentalklage wie im Interdiktsprozeß die formelle Entscheidung über Gewalthandlungen der Parteien die sachliche über Eigentum resp. Besitz enthielt.

Von hier aus glauben wir das Verfahren verstehn zu müssen, und so findet auch die Vindizienerteilung ihre Erklärung. Man wußte eben noch nicht, wessen Gewalthandlung sich als die unberechtigte herausstellen würde.

Dazu kommt, daß der Vindizienbesitzer Staatsbürgen zu stellen hat, praedes. Die Konsequenz ist unabweisbar, daß das Streitobjekt, für welches diese Bürgen gestellt werden, dem Staat gehört ¹⁾);

¹⁾ Dies ist von Mommsen, Stadtrechte p. 465 erwiesen. Dagegen Dernburg in der Rezension dieser Schrift, Kritische Zeitschrift III p. 81 ff. Für die publizistische Natur der Bürgschaftsbestellung durch praedes trat ein Stintzing in seiner Rezension von Huschke's Gaius, Kritische Zeitschr. III p. 353 ff.

sonst wäre nur ein dem Gegner zu bestellendes Vadimonium möglich gewesen¹⁾. Die Obrigkeit selbst also hat das Streitobjekt konfisziert, ob man sagen will, um weiteren Anlaß zu Friedensstörungen zu vermeiden oder das sonst wie zurecht legt, erscheint irrelevant gegenüber der Thatsache selbst, die feststeht. Damit aber läßt sich die Konstruktion von Brinz schwerlich vereinigen, daß, weil der Besitz nicht feststand, der Prätor die eine Partei zum interimistischen Besitzer machte: stand der Besitz nicht fest, so schwankte er höchstens zwischen den Parteien, folglich hätte der interimistische Besitzer wol dem Gegner, aber nimmermehr dem Ärar verhaftet werden können. Die symbolische Andeutung dieser Konfiskation glauben wir in dem Ritual noch zu finden: sie liegt in dem prätorischen Befehl:²⁾ *Mittite ambo hominem*. So kommt also in der Sakramentalklage die Frage, ob erlaubte oder unerlaubte Gewaltanwendung d. h. ob Raub oder Selbsthilfe, eingewickelt in die Frage, ob Agerius oder Negidius iniuria vindicavit, zur Entscheidung. Diese Gewaltanwendung spielt sich symbolisch in iure ab: Agerius legt an die Sache Hand an, d. h. er bemächtigt sich derselben: indem er nun aber die solenne Eigentumsbehauptung dazu ausspricht, giebt er zu verstehen, daß seiner Meinung nach diese Gewaltanwendung ein Akt der Selbsthilfe sein soll, der gewaltsamen Geltendmachung seines Rechts, die nach römischer An-

¹⁾ Wenn Gaius IV, 16 sagt: *Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat . . . eumque inebat praedes adversario dare litis et vindiciarum*, so bezeichnet dies entweder ungenau den ökonomisch-praktischen Effekt statt der juristischen Idee oder es wurde von staatswegen der Einfachheit wegen der Sieger an die praedes direkt gewiesen.

²⁾ Einen ähnlichen Standpunkt nimmt ein Muenderloh, „Schein und Wirklichkeit in der legis actio sacramento in rem.“ *Z. f. Rechtsgeschichte* 1878 XIII p. 445—487. Dieser Aufsatz fehlt in der Litteraturangabe von Wach zu Keller zu Note 204 wie auch zu Note 210, wie auch in den hiezu gegebenen Nachträgen von Zitelmann, *Recht von Gortyn* p. 87 n. 32. Im einzelnen halte ich zahlreiche Aufstellungen des Verfassers für irrtümlich, so die Auffassung der *sua causa* als Erwerbsgrund, ebenso die Annahme, daß Beklagter die Worte *secundum suam causam* nicht gesprochen, was M. aus der späteren Frage nach der *causa* entnimmt, wo es freilich Erwerbsgrund bedeutet. Am bedenklichsten erscheinen die Aufstellungen im zweiten Teil über Vindizien, die völlig in der Luft schweben. Die Vindizien sollen eine Fiction aus späterer Zeit sein, als man schon Interdikte hatte, denn vor diesen wäre die Partei, welche den Besitz vom Praetor erhielt, schutzlos gewesen! (p. 573). Sollte wirklich das magistratische Imperium nicht ausgereicht haben?

schauung straflos ist, falls er wirklich ein als solches anerkanntes Recht zu verwirklichen bestrebt war. Negidius, indem er genau dasselbe thut, macht dem Gegner gegenüber gleichfalls sein Recht zur Selbsthilfe geltend, in dem er durch Berufung auf sein Eigentum sein Verfahren als Ausübung des Vertreibungsrechts charakterisiert. Zu dieser Vertreibung war er als bloßer Besitzer nach römischer Anschauung berechtigt; denn selbst der fehlerhaft Besitzende ist nicht verpflichtet, sich die Sache entreißen zu lassen, außer wenn der Deiciant ein besseres Anrecht hat: dann freilich und nur dann ist sein Widerstand gegen dessen Gewalt ein strafbares Unrecht. Hiernach liegt die Entscheidung der Frage, *uter iniuria vindicaverit*, in dem Gelingen resp. Mißlingen des klägerischen Eigentumsbeweises.¹⁾

Wenn so die freie Vindizienregulierung nicht mit Notwendigkeit zur Annahme der völligen Gleichstellung von Kläger und Beklagtem führt, so erwachsen dieser Theorie gleichzeitig von einer anderen Seite her Schwierigkeiten.

Die volle Konsequenz aus der Auffassung unserer Klage als *re-conventio necessaria* haben Karlowa²⁾ und Ihering³⁾ dahin gezogen, daß sie die Abweisung beider Parteien, falls sich ihre Ansprüche als ungerecht herausstellen, annehmen. Daß dann die Sache dem Vindizieninhaber verbleibt, ist eine notwendige, aber notwendig ungerechte Konsequenz. Damit würde jemand Inhaber einer Sache, die er vor dem Prozeß vielleicht gar nicht besaß, vielmehr erst durch die Vindizienregulierung erhielt, auch dann werden, wenn durch Verfall seines *sacramentum* als *iniustum* an den Staat die Ungültigkeit seines Anspruchs rechtlich und faktisch erklärt worden wäre.

¹⁾ Sachlich stimmt mit dieser Auffassung auch die Goepperts c. p. 541 überein. Nachdem er auseinandergesetzt, daß dem Richter die Frage vorliegt, *uter iniuria vindicaverit*, bemerkt er: „der nichtbesitzende Kläger *iniuria vindicavit*, wenn er die Sache ihrem Besitzer hat entreißen wollen, ohne durch sein Eigentum dazu berechtigt zu sein, der Besitzer und Beklagte dagegen nur, wenn er sich dem Eigentümer, der seine Sache wieder an sich nehmen wollte, widersetzte: dem *non dominus* gegenüber war er im Recht, wenn er sich die Sache nicht rauben liefs, gleichviel ob er an der Sache seinerseits ein besseres Recht hatte oder nicht. Es hängt also die Antwort auf die Frage *uter iniuria vindicaverit, cuius sacramentum iustum sit*, ausschließlich davon ab, ob die Sache *ex iure Quiritium* im Eigentum des Klägers steht.“

²⁾ Karlowa c. p. 86.

³⁾ Ihering, Geist III p. 92. Dagegen auch Varro de l. l. V, 180.

So bleibt also unter allen Umständen nur die auch von Brinz gebilligte Annahme Ecks¹⁾ übrig, daß bei dem Beweise sich jedenfalls ein Übergewicht des Anrechts auf einer Seite herausgestellt und der Richter dann zu Gunsten des relativ besseren Rechts z. B. des redlichen Besitzes, entschieden, die Klage also faktisch wie die spätere Publiciana gewirkt habe. Hiernach konnte auch der redliche Besitzer die Klage anstellen und übernehmen.

In der That ist diese Annahme, wie sie auch der Vindikation mittelst petitorischer Formel entspricht²⁾, auch aus anderen Gründen absolut notwendig.

Denn wenn wir annehmen wollen, daß die Übernahme der dinglichen Sakramentalklage nur dem quiritarischen Eigentümer zustand, so haben wir die Wahl zwischen zwei gleich bedenklichen Konsequenzen. Entweder betrachten wir das Sakramentalverfahren nur als einen speziellen Fall der Eigentumsklage, nämlich als den Fall, in welchem auch der Beklagte Eigentum wirklich beanspruchte, was aber in seinem Belieben stand.³⁾ Diese Auffassung widerspricht der Darstellung von Gaius, der die *Legis actio sacramento* nicht als eine, sondern als die Eigentumsklage bezeichnet; sie widerspricht außerdem nicht weniger unserer ganzen Kenntnis des alten Prozeßrechts, denn wir wissen nicht, auf welchem Wege sonst noch eine solche Klage erledigt werden konnte.⁴⁾

Oder wir gehen von der Kongruenz der Sakramental- und Eigentumsklage aus, welche die Quellen unanfechtbar darthun: dann sehn wir uns unter jener Voraussetzung gezwungen, den Besitzer von der Übernahme der Klage auszuschließen d. h. ihn um seinen

¹⁾ Eck c. p. 16 f.

²⁾ L. 9 D. VI, 1 cf. L. 25 D. 44, 7: *Officium autem iudicis in hac actione hoc erit. ut inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, qua ex causa possideat quidam tamen ut Pegasus eam solam possessionem hanc actionem putaverunt complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. . . . Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

³⁾ So Eisele in seiner Anzeige von Lotmar: Zur *Legis actio sacramento* in Krit. Vierteljahrsschrift 1877 p. 517. Dagegen Lotmar in seiner Duplik Krit. Studien p. 166.

⁴⁾ An die in rem actio per sponsionem wird man nicht denken wollen, auch wenn sie für die ältere Zeit besser beglaubigt wäre, als sie es ist. Brinz, *Contravindikation* p. 137 denkt eventualiter an die *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, wofür unsere Überlieferung wenigstens keinen Anhalt bietet.

Besitz zu bringen auch dann, wenn er Erwerbstitel und bona fides hat, sobald irgend ein formales Hindernis den Erwerb des quiritarischen Eigentums gehindert z. B. wenn er eine res Mancipi durch Tradition erworben hat etc. Also auch der Usucapionsbesitzer würde vor vollendeter Usucapion der Passivlegitimation ermangeln. Daß dieser Zustand dem bekannten und beglaubigten des Formularverfahrens zuwiderläuft, wo sogar der Detentor zur Übernahme der Eigentumsklage berechtigt ist, müßte an sich schon Bedenken erregen: allein man betrachte die Sache an sich und man wird finden, daß sie einen wahrhaft heillosen Zustand der öffentlichen Ordnung oder besser Unordnung gleichzeitig voraussetzt und zur Folge hat. Denn jene Fälle können keineswegs als selten gedacht werden: das ergibt die Schwierigkeit der vollgültigen Eigentumsübertragung bei res Mancipi und spiegelt sich wieder in der Kürze der älteren Usucapionsfrist, die wol hieraus gerade zu erklären ist. Mit der *nominatio auctoris*, auf die auch Goeppert verweist, kommt man nicht weit, denn diese bedingt einen sehr komplizierten Apparat und bedeutet notwendig einen Umweg, der schließlich den Verkehr in hohem Grade beeinträchtigen mußte.

So dürfte also die Passivlegitimation auch des redlichen Besitzers unanfechtbar sein; allein denken wir uns diese prozessuale Handhabung praktisch wirksam, so ergeben sich gerade daraus Erscheinungen, die mit der herrschenden Theorie kaum noch übereinstimmen. Wenn beispielsweise der publizianische Besitzer in der Sakramentalklage dem Nichtberechtigten gegenüber Sieger bleibt, wie die gemeine Meinung mit Recht annimmt, so ergibt sich zunächst ein Widerspruch zwischen dem Verfahren in iure und in iudicio. Der Beklagte, um bei diesem stehn zu bleiben, spricht sich öffentlich und feierlich quiritarisches Eigentum zu, obwol er natürlich ganz genau weiß, daß er dasselbe nicht besitzt. Er hat einen an sich wol berechtigten aber nicht civilen Erwerbstitel und bona fides, ist also in der That der Nächstberechtigte zur Sache, ohne aber civiler Eigentümer zu sein. Demgemäß dringt er auch in iudicio durch, d. h. nach der herrschenden Meinung wird sogar in direkter oder indirekter Weise vom Richter sein Eigentum anerkannt, obwol wiederum dem Richter natürlich nicht verborgen sein kann, daß der titulierte und redliche Besitzer noch lange nicht quiritarischer Eigentümer ist. Hält man diesen Zustand wirklich eines Rechtsstaats und speziell des römischen für würdig?

Das römische Recht und gewifs das der ältesten Epoche ist ein Niederschlag der allgemeinen Volksüberzeugung, nicht eine von außen aufgedrungene Norm: müssen wir nicht annehmen, dafs, wenn tagtäglich der publizianische Besitzer mit seiner Eigentumsbehauptung durchdrang, in der allgemeinen Empfindung der Eigentumsbegriff sich abschwächen und nach der Seite des publizianischen Besitzes hin verändert werden mußte? So ergab sich im römischen Prozeßrecht ein Konflikt zwischen der Formel, die auf quiritarisches Eigentum konzipierte, und der in der allgemeinen Rechtsüberzeugung wurzelnden Praxis, welche die Sakramentalklage auch auf den publizianischen Besitz ausdehnte.

Wir glauben den Ausweg noch nachweisen zu können, auf den man schließlicb zur Lösung dieses Konflikts gekommen ist. Es ist eine wol zutreffende Beobachtung Lotmars, dafs in der Vindikationsformel

Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi; ecce tibi vindictam imposui.

schon nach der blofsen Stellung die Worte „secundum suam causam sicut dixi“ sich als ein späterer Zusatz charakterisieren, „als ein bewegliches und als das bewegliche Stück in der Formel der in rem actio.“ Hierhin führt auch das Fehlen jener Worte in der Mancipations- wie in der In iure Cessionsformel¹⁾. Auch darin dürfte Lotmar Recht haben²⁾, dafs man causa hier nicht als den Erwerbsgrund des Prozeßobjekts betrachten darf. Denn die sua causa in unserer Formel kann logisch und sprachlich nur auf homo bezogen werden, die sua causa des homo aber nicht Erwerbsgrund einer Prozeßpartei sein, abgesehen davon, dafs die spätere Stelle in der Formel, wo gleichfalls causa vorkommt, die Deutung auf Erwerbsgrund mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zuläfst³⁾. Vielmehr empfiehlt sich von allen vorgeschlagenen Bedeutungen in der That wol am meisten die Auffassung Voigts, der causa an unserer Stelle = „Lage, Zustand, Verhältnis, condicio, status von Personen, Sachen oder Verhältnissen“ setzt. Vorzüglich legt

¹⁾ Lotmar, Zur legis actio sacramento p. 102—127. Karlowa, Civilprozeß p. 71 ff. Bethmann-Hollweg c. I p. 139. Litteratur bei Wach zu Keller c. p. 66 f.

²⁾ Lotmar c. p. 110 ff. im Anschluß an Voigt, Conditionen p. 127 f. Die Verbindung von sicut dixi mit ecce tibi vindictam imposui halte ich wie Lotmar für sprachlich und sachlich unmöglich. cf. Lotmar c. p. 127—133.

³⁾ Gaius, IV, 16. Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris.

Lotmar dann im folgenden dar, „daß die rechtliche Beschaffenheit, welche mit sua causa bezeichnet wird, vornehmlich eine rechtliche Beschränkung ist, welche dem Objekt anhaftet, von dessen causa die Rede ist, welche Beschränkung sich somit, wenn das Objekt eine im Eigentum befindliche Sache ist, dem Eigentumsrecht selbst in Wirklichkeit mitteilt¹⁾. Der Anwendung freilich, welche von dieser Deduktion ihr Urheber macht, daß jene Klausel dann in Kraft treten soll, wenn Eigentum unter einer Resolutivbedingung geltend zu machen ist, die zwischen dem Verfahren in iure und in iudicio eintreten kann, dieser Anwendung glauben wir als einer zu künstlichen nicht folgen zu dürfen, vermuten vielmehr folgenden Zusammenhang. Die strenge Formulierung auf quiritarisches Eigentum schloß den titulierten, aber nicht civilen Besitzer ebenso von der Vindikation der verlorenen Sache aus, wie sie dem Beklagten, der auf Grund einer an sich berechtigten, aber nicht quiritarischen Erwerbsart sich das nächste Recht zur Sache, aber nicht Eigentum ex iure Quiritium zuschreiben konnte und wollte, die Übernahme der Klage und damit die Verteidigung unmöglich macht. Dieser Übelstand kann sich in der ältesten Zeit nicht fühlbar gemacht haben; denn der Umstand, daß res Mancipi, die wir doch sicher als die ältesten Vermögensobjekte zu betrachten haben, nur in zwei gleich umständlichen Formen zu Eigentum übertragen werden konnten, zeigt notwendig, daß das Bedürfnis nach bequemerer Eigentumsübertragung damals, als diese Formen sich bildeten, nicht bestand. Später mit dem Zunehmen von Verkehr und Handel änderte sich das: eins von den vielen Symptomen dieses Umschwungs ist die besprochene Klausel in der Vindikation. Sie enthält die Ausdehnung der Sakramentalklage auch auf Nichteigentümer im Sinne der publizianischen Klage und zwar in folgender Weise. Diejenige Prozeßpartei, welche zwar nicht volles Eigentum beanspruchte, aber trotzdem sich für nächstberechtigter zur Sache hielt, ersuchte den der Jurisdiktion vorstehenden Beamten, — wir wollen ihn der Kürze halber Prätor nennen — indem sie ihn mit der Sachlage in ihrem Sinn kurz vertraut machte d. h. besonders ihren Erwerbstitel angab, über diesen Mangel hinwegzusehn und ihren Besitz so zu behandeln, als ob die dem civilen Erwerb entgegenstehenden Schranken etwa durch Vollendung der Usucapion beseitigt wären — natürlich unter

¹⁾ Lotmar c. p. 110 f. Dasselbst die Quellenbelege.

der Voraussetzung, daß die Parteiangaben über Erwerbstitel sich in iudicio als wahr erweisen würden. Damit wäre denn „die rechtliche Beschränkung des Eigentums“, welche Lotmar mit Voigt in der sua causa sieht, erklärt: das sicut dixi bezieht sich auf die vorangegangene Verhandlung mit dem Prätor. Eine solche ist unter allen Umständen zu statuieren, denn bekanntlich ist dieser Beamte überhaupt nicht verpflichtet die Klage zu erteilen, die eine Partei von ihm verlangt. Verweigert er seine Mithilfe zum Rechtsstreit, der ohne ihn nicht zu stande kommen kann, so ist dagegen zunächst nichts zu machen. Schienen ihm die Angaben einer Partei entweder ganz unglaublich oder selbst im Fall ihrer Wahrheit der resultierende Rechtsanspruch nicht genügend substantiiert, so verweigerte er der Partei den Rechtsweg. Der Unterschied von der späteren Publiciana lag eben darin, daß der Prätor im Edikt durch Mitteilung der Normen, nach denen er verfahren würde, sich gebunden hatte, während er in älterer Zeit ganz willkürlich verfuhr. Und eben hierin sehen wir den Fortschritt des ganzen Verfahrens wie überhaupt des römischen Privatrechts in seiner Entwicklung. Man nimmt vielfach an, diese Entwicklung habe darin bestanden, daß später Rechte und Zustände geschützt wurden, welche anfangs des Schutzes entbehrten: ohne diese Seite der Sache ganz leugnen zu wollen, darf man doch betonen, daß eine wesentliche Änderung im allgemeinen nicht in der Erweiterung der Objekte des Schutzes, sondern in der Verbesserung der Art derselben zu liegen scheint: die anfangs und notwendig unbegrenzte diskretionäre Befugnis des Prätor wurde mehr und mehr geschwächt, indem ein wachsender Teil dieser Befugnis an die Geschworenen resp. den Einzelrichter fiel¹⁾. Bei dieser Auffassung der römischen Rechtsgeschichte wird die Thatsache, daß die Sakramentalklage nach unsrer Erklärung der späteren Publiciana fast gleichsteht, keinerlei erhebliche Bedenken enthalten; nimmt doch auch die herrschende Theorie eine ähnliche Wirkung derselben an, nur daß sie diese Wirkung in das Verfahren in iudicio verlegt, wodurch ein unerfreulicher Widerspruch zwischen diesem und dem in iure hervorgerufen wird²⁾.

¹⁾ Daß die Publiciana im Formularprozeß, wo dieses Verfahren fortfällt, nicht sofort eingeführt wurde, läßt sich teils aus dem Fehlen der Worte ex iure Quiritium erklären, wodurch eine laxer Auffassung der Sache ohnedies erleichtert wurde, teils aus dem Interdiktenrecht, das sich inzwischen gebildet hatte.

²⁾ Über die Annahme der Einziehung beider Sakramente bei Sachfälligkeit beider Parteien ist oben gesprochen worden.

So also glauben wir die Rechtsbehauptung und die Rechtsgegenbehauptung in der ältesten Eigentumsklage verstehen zu müssen: übersieht man von hier aus das System des alten Besitz- und Eigentumsschutzes, so findet man einen harmonisch das gesamte Rechtsleben umspannenden Mechanismus in dem Ineinandergreifen der Interdikts- und Sakramentalklage. Jene schützt resp. verschafft den Besitz auf Grund seiner thatsächlichen Existenz resp. seiner schuldhaften Störung, diese denselben Besitz auf Grund eines gültigen Erwerbstitels, sei es daß dieses Eigentum oder ein genügendes Surrogat desselben ist. Vor Einführung der Interdikte mag man sich mit der *acti furti* und *de vi* geholfen, gleichzeitig das *petitorium* und magistratische Dekrete mehr in Anspruch genommen haben, worüber später; nach dem Aufhören der Sakramentalklage werden die Interdiktsklagen eine Zeitlang die publizianische Funktion des *Petitorium* ersetzt haben.

Ist diese Darstellung zutreffend, so verliert die *Contravindication* einen großen Teil ihrer Bedeutung und damit auch der ihr entgegenstehenden Bedenken. Der Beklagte braucht dann nicht mehr Eigentum, sondern überhaupt nur sein besseres Recht an der Sache zu behaupten. Daß er es auch zu beweisen gesucht haben wird, ist selbstverständlich, weil es in seinem Interesse lag; daß er dazu verpflichtet war, brauchen wir nach Lage der Quellen nicht ohne weiteres anzunehmen; keinesfalls folgt aus der Notwendigkeit der Behauptung auch die Notwendigkeit des Beweises.¹⁾

Auch die erstere hat man zu erschüttern versucht. In zwei

¹⁾ Man wird hier nicht mit dem bekannten Satz operieren dürfen: *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*. L. 2 D. 22, 3. Er stammt aus einer Zeit, wo die *infinitio* des Beklagten das Übliche war und kann jedenfalls nur auf einen Prozeß angewandt werden, in dem jemand ist *qui negat*, im Gegensatz zu dem *qui dicit*. — Daß aus der Notwendigkeit der Behauptung noch keineswegs die des Beweises folgt, scheint mir von den Neueren zu wenig beachtet zu sein.

Inwieweit hat denn sonst im *Legisationsprozeß* Beklagter für seine, wie auch immer lautende Behauptung, einzustehen? Beispielsweise in der persönlichen Sakramentalklage lautet Behauptung und Gegenbehauptung: *Aio te mihi - dare oportere* und *Nego me tibi - dare oportere*. Hat nun Beklagter die Nichtexistenz der klägerischen Forderung zu beweisen? ebenso zu beweisen, wie Kläger die Existenz derselben? Niemand wird das behaupten wollen und Niemand aus der Thatsache, daß Beklagter, soviel an ihm liegt, sich nicht auf Leugnen beschränken wird, einen Schluß auf seine rechtliche Verpflichtung ziehen.

umfangreichen Darstellungen versuchte Lotmar den Nachweis, daß die Contravindikation entweder überhaupt nicht oder doch nicht obligatorisch bestanden habe.¹⁾ Eine solche Prüfung läßt sich in doppelter Art durchführen, je nachdem man entweder Gaius selbst zu Grunde legt oder Quellenbelege andrer Art heranzieht. Lotmar hat sich wesentlich auf das erste beschränkt: aus einer von O. Mueller seiner Zeit aufgestellten Etymologie: vindicare = vim dicere (von der Wurzel *δεικν.* zeigen) deduziert er, daß das vindicare in unserm Ritual nur Gewaltbezeugung bedeutet habe, der die Eigentumsbehauptung nicht inhaerent sei. Das Formular, welches Gaius vorlag — so ist sein Gedankengang — mochte vom Beklagten bloß sagen: *tum adversarius contra vindicat*, unser Jurist dann, die spätere Bedeutung von vindicare in das Formular hineintragend, auch diesem die an sich nicht notwendige positive Rechtsbehauptung zuschreiben. Man sieht, diese ganze Deduktion ist künstlich und kompliziert, sie fällt in sich zusammen, sobald wir an ihr Fundament denken, die angebliche Urbedeutung von vindicare.

Denn selbst wenn jene Etymologie zutreffen sollte,²⁾ so wäre noch nicht der Schatten eines Beweises dafür erbracht, daß das Wort vindicare in Wirklichkeit jemals für „Gewalt zeigen“ im älteren Latein — man müßte hier an die von Flavius edierten Formeln denken — gebraucht ist.

Das hat auch der Verfasser gefühlt und deshalb späterhin die Vermuthung geäußert, zu Gaius' Zeit sei die positive Gegenbehauptung wol üblich aber nicht notwendig gewesen. Dies erscheint sehr unwahrscheinlich: denn abgesehn davon, daß Gaius' Schilderung der Sakramentalklage, die er im Rahmen des gesamten Legisactionsverfahrens darstellt, durchaus den Eindruck macht, daß von einer längst vergangenen Antiquität gesprochen wird, so ist doch sicher nicht anzunehmen, daß eine so anomale

¹⁾ Lotmar, Zur Legis actio sacramento in rem 1877 und Kritische Studien in Sachen der Contravindikation 1878.

²⁾ Dieselbe wird von der heutigen Linguistik stillschweigend und zweifellos mit Recht abgelehnt cf. Vaníček, Griechisch-Lateinisches Etymologisches Wörterbuch 1877 I p. 327 ff., II p. 881 ff. und die daselbst Citierten. V. nimmt die Wurzeln Da zeigen, weisen, lehren und van wünschen, verlangen; hold sein, lieben, schätzen, hüten an (van. ven. — ven—ia). Die O. Müller'sche Etymologie stammt aus einer Zeit, als die Linguistik als Wissenschaft im Entstehn begriffen war; ihr Urheber würde sie heute schwerlich aufgestellt haben.

Erscheinung wie die positive Rechtsbehauptung des Beklagten zu einer Zeit anders als durch absoluten Zwang aufkommen konnte, daß sie aufkommen konnte zu einer Zeit, wo sie nicht bloß einer längst befestigten prozessualischen Theorie entgegengetreten, sondern auch weit und breit ohne Beispiel gewesen wäre.

So weit führt der Gajanische Bericht als solcher. Es fehlt nicht an Argumenten für die Notwendigkeit der positiven Gegenbehauptung außerhalb desselben. Wenn Cicero ¹⁾ in seiner Rede für Murena, um die Umständlichkeiten des alten Verfahrens zu vermeiden, vorschlägt zu sagen: *Fundus Sabinus meus est. Immo meus, deinde iudicium*, so ist a priori anzunehmen, daß er die *essentialia negotii* in die denkbar kürzeste Fassung zusammengedrängt, und deshalb in hohem Grade unwahrscheinlich, daß er die positive Gegenbehauptung, falls sie nicht schon bestand, erfunden hätte.²⁾ Und das an einer Stelle, wo er gerade den gesunden Menschenverstand gegenüber der juristischen Spitzfindigkeit zu Ehren bringen will! Lotmar selbst hat zwei Bücher geschrieben, um zu erhärten, was auch richtig ist, daß die positive Gegenbehauptung ungewöhnlich und bedenklich, mindestens erklärungsbedürftig ist — und Cicero, der in der Blütezeit des Formularprozesses lebte, soll diese Anomalie da, wo er das Muster eines einfachen und natürlichen Verfahrens vorschlägt, de suo hinzugethan haben? Entscheidend aber wäre, falls es noch einer Entscheidung bedürfte, das Ritual der Mancipation und ganz besonders das der *In iure cessio*. Bei dem Bericht über die Umwege der Emancipation eines *filius familias* bemerkt Gaius:³⁾ *patri remancipatur (sc. filius familias) et ab eo is qui adoptat vindicat apud praetorem, et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur*. Es ist ebenso eine durch *confessio in iure* erledigte Sakramentalklage wie die in *iure cessio*. Jene entspricht der in *rem actio*, diese der in *rem actio specialis*, der dinglichen Klage. Dies ergibt das Ritual der letzteren deutlich. Der Cessionar sagt *rem tenens: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*. Gaius fährt fort:³⁾ *deinde postquam hic vindicaverit praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet. quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur*. Daß hier der eventuelle Widerstand des Gegners als ein *contra vindicare* be-

¹⁾ Cic. pro Murena 12.

²⁾ Gaius I, 134.

³⁾ Gaius II, 24.

zeichnet ist, wird schwerlich jemand für Zufall halten; hätte bloßes Negieren des Besitzers genügt, so würde Gaius illo non negante gesagt und der Prätor den Cedenten gefragt haben an neget. Er fragt aber an contra vindicet, zum deutlichen Beweise, daß dies und nur dies der Weg ist, die Addition hintanzuhalten. Aus diesen Angaben erhellt auch, daß die Auffassung der Contravindikation als bloße defensive Gewaltbezeugung unmöglich ist. Denn überall wird das contra vindicare des Beklagten als identisch mit dem des Klägers behandelt, nur durch Zufügung von contra wird die Aktion als eine des Beklagten, als eine Re-action, eine Gegenhandlung, charakterisiert, was sich schon daraus ergibt, daß Contravindikation gar kein lateinisches Wort, sondern lediglich moderne Bildung ist, die man der Bequemlichkeit wegen beibehalten mag, die man sich aber hüten muß für klassisch zu halten. Wenn nun der Prätor den Cedenten fragt, an contra vindicet, so meint er das doch natürlich im Sprachgebrauch seiner Zeit d. h. in dem Sinne, ob Cedent die Eigentumsgegenbehauptung aussprechen wolle, denn unmöglich kann man vom Praetor der Ciceronischen Epoche erwarten, daß er dem etwaigen Sprachgebrauch der vorgeschichtlichen Zeit folgt; hat aber die Frage des Beamten diese Bedeutung, so folgt von selbst, daß die zweite Vindikation in der Sakramentalklage gleichfalls mit positiver Gegenbehauptung verbunden war.¹⁾

Es ist vielfach nach Gründen gesucht worden, welche das in der That anomale Ritual der Sakramentalklage erklären sollten. Man kann nicht bloß den Scharfsinn, sondern auch die relative Wahrheit zahlreicher von diesen Theorien bereitwillig anerkennen und dabei doch die Vorfrage für beachtenswert halten, ob eine solche Erklärung überhaupt verlangt werden darf. Unzweifelhaft darf sie es, wo wir mit bewußt ins Leben gerufenen Schöpfungen einer historischen Epoche zu thun haben. Der Praetor der römischen Republik ist eine greifbare geschichtliche Persönlichkeit. Seine Institute und Schöpfungen sind von Ideen geleitet, die wir bis zu einem gewissen Grade aus der Überlieferung oder aus Schlußfolgerungen entnehmen können. Das Leben des Volksgeistes in einer vorge-

¹⁾ A. M. Lotmar L. A. p. 38 ff. Auch Wach zu Keller n. 204 wirft die Frage auf, „ob nicht auch die in iure cessio ein unterstützendes Moment ergebe“, nämlich für die Notwendigkeit der Contravindikation qua Eigentumsgegenbehauptung. Vermutlich sieht er das unterstützende Moment in derselben Richtung wie die hier gegebene Auseinandersetzung.

schichtlichen Epoche, mögen seine Manifestationen der dichtenden Phantasie oder dem praktischen Leben angehören, entzieht sich notwendig in seinen Tiefen jeder sachlichen Erwägung.

Es ist ein höchst interessanter Beweis für die Macht der Tradition in Rom, daß man sich noch nicht entschließen konnte, die Contravindikation fallen zu lassen, als sie offenbar unbequem und lästig wurde: man versuchte sie zu modificieren: das zeigt die Zufügung von *secundum suam causam sicut dixi*. In dieser Umgestaltung hat sie dann Jahrhunderte bis tief in die historische Zeit bestanden.¹⁾

Man hat wol darüber diskutiert, daß und weshalb Gaius in seinem Bericht über die dingliche Sakramentalklage nicht vom Kläger und Beklagten, sondern vom ersten und zweiten Vindikanten spricht. Ja man wird nicht zu weit gehn, wenn man behauptet, daß dies die eigentliche Veranlassung für die zahlreichen Kombinationen gewesen ist, welche der ältesten dinglichen Klage ein von dem späteren Verfahren so abweichendes Gepräge aufzudrücken versucht haben. Gaius selbst hat schwerlich geahnt, daß diese Konsequenzen aus seinem nicht sonderlich durchsichtigen Bericht gezogen werden würden: hätte er selbst die Gleichstellung von Kläger und Beklagtem sich als Eigentümlichkeit der Sakramentalklage vorgestellt, so würde er das zweifellos bemerkt haben, wie er es ja bei den possessorischen Interdikten bemerkt, daß hier jede Partei gleichzeitig Kläger und Beklagter ist. Dies ergibt wol auch sein Bericht selbst.²⁾ Er führt den Kläger mit den Worten ein: *qui vindicabat festucam tenebat*, das Wort *vindicare* zweifellos in dem Sinne seiner Zeit brauchend = wer auf die Sache Anspruch machte. Nun primär beansprucht man doch, was man nicht hat, und damit allein wäre die Qualifikation des Klägers als solchen eigentlich hinreichend bezeichnet. Daß Gaius dann auch den Beklagten als Vindikanten bezeichnet und den Kläger davon als den unterscheidet,

¹⁾ Ich darf hier nicht verschweigen, daß ich diese von mir vor mehreren Jahren aufgestellte Erklärung der Zusatzformel bei der Sakramentalklage jetzt nicht mehr für so wahrscheinlich halte, als zur Zeit ihrer Aufstellung. Bedenken erregt vor Allem der Gegensatz zwischen dem starren „*meum ex iure Quiritium*“ und der Latitude des „*secundum suam causam*.“ Indessen ich habe diese Hypothese um so lieber den Beteiligten unterbreiten wollen, als sie den Gegensatz zwischen dem formalen Inhalt und der praktischen Tragweite der Vindikationsformel scharf betont, welcher, wenn ich recht sehe, von den Neuern oft noch zu leicht genommen wird.

qui prior vindicaverat, darf nicht irre führen: da nach dem Ritual beide Eigentum behaupten müssen, so sind sie in der That Vindikanten, und die zeitliche Unterscheidung des ersten und zweiten genügt vollkommen, um auch die Parteirollen auseinander zu halten. Schliesslich darf auch nicht vergessen werden, daß wir bei Gaius keine vollständige Darstellung des ältesten Prozeßrechts erwarten dürfen: große Lücken befinden sich sowol am Ende der allgemeinen Einleitung über die Sakramentalklage, wie am Schluß des Berichts über die legis actio sacramento in rem. An beiden Stellen können von Gaius Dinge gesagt sein, welche die jetzt noch möglichen Bedenken beseitigt hätten. Daß er aber von dem magistratischen Dekret über Besitz und Parteirollen gesprochen, welches später durch das Interdikt ersetzt wurde, kann man von Gaius nicht gut erwarten, wenn man die Natur dieses Schriftstellers in Erwägung zieht, der das wenige, was er über Rechtsgeschichte giebt, als Einleitung in das geltende Recht vorträgt.

Hiermit könnte die Erörterung über die Kontravindikation in der Sakramentalklage geschlossen werden, wäre nicht unlängst ein Erklärungsversuch gemacht worden, der einen freilich neuen, aber m. E. völlig irrigen Weg einschlägt.

Auch Roth¹⁾ nimmt die Scheidung der Parteirollen und die Notwendigkeit der Kontravindikation an: allein ihm ist der erste Vindikant der Beklagte, der Kontravindikant der Kläger.

Es widerspricht dies jedenfalls der bisherigen Auffassung des Civilprozeßrechts, daß zuerst der Beklagte sein Eigentum vor dem Richter in Anspruch zu nehmen hat, und es ist interessant, wahrzunehmen, daß der Verfasser auch bei seinen einzelnen Schlußfolgerungen fast regelmäßig das Gegenteil von dem anzunehmen sich genötigt sieht, was der gewöhnlichen Auffassung der Dinge entsprechen würde.

Roth geht von der Bedeutung des sacramentum als Eid-resp. Sühnegeld aus und fährt dann fort: „Widersprechen zwei solche Anrufungen der Götter einander, so war offenbar ein Frevel geschehen, und die Priester mußten untersuchen, wer den Frevel begangen hatte und sich entschöhnen mußte, wodurch gleichzeitig über das eidlich behauptete Recht entschieden werden mußte. Aus vorstehendem ergibt sich, daß die Behauptungen der Parteien sich direkt widersprechen mußten, denn nur so lag

¹⁾ Z. der Savignystiftung III. 1882 p. 121—140.

klar ein Frevel vor, durch dessen Vorhandensein eine Entscheidung der Priester notwendig wurde. Deshalb meine ich, daß nicht jede Partei ihr Recht unter Anrufung der Götter beteuerte, sondern daß nur Kläger sein Recht beschwor, Beklagter es eidlich in Abrede stellte, denn nur in diesem Fall war ein Resultat, in dem beide Teile Unrecht hatten, unmöglich, und außerdem spricht auch der Umstand dafür, daß später der Sakramentsprozeß den Charakter einer Wette angenommen hat, in welcher sich die Behauptungen der Parteien direkt widersprechen müssen.“

Allein man sieht nicht, weshalb gerade ein Frevel vorliegen mußte, wenn die Priester entscheiden sollten. Weshalb nicht zwei Sühnungen, wenn beide zu Unrecht geschworen? dem geistlichen Schiedsgericht konnte das nur recht sein. Wäre aber die Notwendigkeit eines „direkten Widerspruchs“, was offenbar Position und Negation bezeichnen soll, vorhanden, so kann von diesem Standpunkt aus die Eigentumsgegenbehauptung des Beklagten erst recht nicht erklärt werden.

Das ist doch kein „eidliches in Abrede stellen.“ Ob die Positive an erster oder an zweiter Stelle steht, ist zunächst irrelevant, in keinem Fall wird sie dadurch zur Negative. Für das eidliche Leugnen des klägerischen Rechts durch den Beklagten soll nach Roth der Wortlaut der Provokationsformel sprechen, allein da beide Parteien das iniuria vindicavisse des Gegners behaupten, so erhellt, daß auch hier von Leugnen nicht die Rede sein kann. Somit widerspricht die ganze Deduktion sich selbst: es soll eine Erklärung dafür aufgestellt werden, weshalb auch Beklagter Eigentum behaupten mußte, und es wird, wenn auch mit Unrecht, das Resultat festgestellt, daß Beklagter nicht positiv aufzutreten hatte, sondern sich bloß negierend verhalten durfte, ja sogar verhalten mußte. Und so würden die Schwierigkeiten der gemeinen Meinung durch die These Roths nicht beseitigt.

Der Verfasser fährt fort: „Die in rem actiones gehen nicht auf die herrenlos im Gericht liegende Sache, sondern auf die von jemand vertretene Sache. Erst dadurch, daß jemand das Recht an der Sache, welches Kläger beansprucht, stört, wird die in rem actio begründet. So lange keine Störung vorliegt ist zwar ein Recht vorhanden, aber keine Klage.“ Man sollte doch umgekehrt meinen: nicht der Kläger wird in seinem Recht gestört, denn noch hat er gar keines, sondern Beklagter wird gestört und zwar in dem thatsächlichen und rechtlichen Verhältnis zur Sache

und durch den Anspruch des Klägers: dadurch entsteht die Klage. So lange Kläger seinen Anspruch nicht kundgethan hat, existiert keine Klage.

Wenn so die logische und juristische Begründung dieser Konstruktion als verfehlt bezeichnet werden darf, so ergibt sich die sachliche Unmöglichkeit derselben denn auch zur Genüge aus dem, was wir über die Sakramentalklage wissen, am deutlichsten freilich aus dem Ritual der *In iure cessio*, das Roth zur Unterstützung, ja zum Beweise seiner Meinung herangezogen hat. Dieser Schriftsteller nämlich ist der Ansicht, daß bei der solennen Cession der erste Vindikant d. h. der Cessionar bereits Besitzer ist; er spricht die Formel *rem tenens*, würde also, falls der Cedent nicht einwilligte, Beklagter sein; und desgleichen hat der Cedent, welcher befragt wird, ob er kontravindizieren will, den Besitz nicht mehr; er müßte also Kläger sein! Von all' diesen Dingen ist das Gegenteil notorisch. Da das Streitobjekt gerade durch den Akt der Cession übertragen werden soll, so hat der Cessionar bei Beginn der Caerimonie das Eigenthum resp. den Besitz natürlich noch nicht. Er soll beides durch dieselbe erst erhalten. Daß er an die Sache Hand anlegt (*rem tenens*), ist das Symbol der anfangs gewaltsam zu denkenden Inanspruchnahme = *ipsam rem apprehendebat*. Allein Eigentümer ist selbstverständlich der Cedent. Er verliert sein Recht an den Cessionar erst durch die auf seine *confessio* hin erfolgende prätorische *Addiction* der Sache an jenen.

3. Vindizienregulierung und Exekution.

In dem, was bisher über die Vindizienerteilung gesagt wurde, galt es in erster Linie, die Ursachen dieser Erscheinung und ihren Einfluß auf die Auffassung des Gesamtverfahrens zu eruieren. Betrachten wir nun aber das Verhältnis der Vindizienerteilung zur Definitivsentenz und ihrer exekutorischen Geltendmachung, so ergibt sich, daß diese letzteren durch die erstere in absolut bindender Weise bedingt und daher erklärt werden. Denn da über die Sache als solche mit der Vindizienerteilung endgültig verfügt ist — unbeschadet der etwaigen Verpflichtung des Vindizieninhabers zum Wertersatz — so kann naturgemäß eine Verurteilung in die Sache nicht mehr erfolgen, als welche jeder richterlichen Verfügung entzogen ist, und eben deshalb auch nicht eine Exekution auf die Sache; was allein erübrigt, ist die Exekution auf den in Geld umgesetzten Schätzungswert.

Man hat sich sehr mit Unrecht daran gewöhnt, auf den Wortlaut bei Gaius¹⁾ hin von einer interimistischen Besitzkonstituierung durch das Vindiziendekret zu sprechen. Daß dieselbe endgültig ist, eine definitive Besitz- und Eigentumskonstituierung von Staatswegen durch magistratische Verleihung, zeigt auch die Form der dem Nichtbesitzer zugebilligten Sicherheit, ich meine die Bürgenstellung durch *praedes*, die als solche bekanntlich dem Staat und nur diesem gestellt werden. Die Konsequenz dieser Eigentümlichkeit ist, daß der Vindizieninhaber, auch wenn er unterliegt, rechtlicher Eigentümer und Besitzer der Sache bleibt: er hat nur die Verpflichtung, die siegreiche Gegenpartei nach der von dem Liquidationsrichter auf Grund der altrömischen Civilprozeßordnung, des XII Tafelgesetzes, gegebenen Schätzung schadlos zu halten. Die prätorische Besitzverleihung in Form der Vindizienregulierung ist eine notwendig endgültige und büßt diesen Charakter natürlich durch die ihr beigefügte eventuelle Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigungssumme keineswegs ein, so wenig ein bedingter Vertrag aufhört Vertrag und als solcher rechtsgültig zu sein. Dem entspricht wiederum, daß auch die Bürgen dem Staat nicht für die Sache, sondern für die Leistung der Abfindungssumme gestellt werden: denn da eine Verpflichtung zur eventuellen Restitution der Sache nicht bestand und juristisch auch nicht bestehen konnte, so war auch eine Verbürgung dafür nicht denkbar. Damit war das Institut der Bürgen erst praktisch brauchbar gemacht: unmöglich konnte man und konnten sich die Bürgen zu etwas verpflichten, was zu erfüllen entfernt nicht in ihrer Macht stand, zur Beschaffung des Streitobjekts: wie wenn dasselbe durch Böswilligkeit oder Fahrlässigkeit des Inhabers, ja nur durch *casus* unterging? Und wenn selbst dieses nicht, welche Möglichkeit physischer Einwirkung auf das Streitobjekt hatte der Bürge bei dem besten Willen, seiner Verpflichtung nachzukommen?

So zeigt sich, wenn man die praktische Verwirklichung der Prozeßordnung zu Ende denkt, ein so vollständiges Ineingreifen der einzelnen Faktoren, daß man hierin die echte und römische Theorie zu sehn unzweifelhaft berechtigt ist.²⁾

¹⁾ Gaius IV, 16. *Interim vindicias secundum alterum dicebat, id est aliquem possessorem constituebat.*

²⁾ Ähnlich in Gortyn. *Lex Gört. I, 27 ff., cf. Abschnitt IV.*

Wenn so die Versagung der Kondemnation wie der Exekution in rem ipsam bei der dem römischen Civilprozeß zu Grunde liegenden Rechtsidee eine tiefe Notwendigkeit war, derart, daß sie von dem Legisactionsprozeß auf das Formularverfahren übertragen wurde, wo ihr diese absolute Notwendigkeit keineswegs mehr eignet, so ergibt sich, wie uniuristisch oder wenigstens wie wenig dem römischen Recht congenial diejenigen empfanden, welche der Sakramentalklage Kondemnation und Exekution in rem zu vindizieren versuchten.¹⁾

Eine Auffassung, die das Resultat allgemeiner theoretischer Erwägungen ist, muß die entscheidende Probe bei der Interpretation der überlieferten Detailangaben bestehen können: es wird sich hier also zunächst um den genauen Inhalt der einschlägigen Quellenbelege handeln.

Die Exekutionsordnung der XII Tafeln in der Sakramentalklage ist uns bei Festus, wenn auch leider lückenhaft²⁾, überliefert³⁾:

si vindiciam falsam tulit, si velit is <prae>tor arbitros tris dato; eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito.

Welcher Art die Nachteile waren, die hier an die Unterlassung der Restitution resp. an Nichtbefriedigung der siegreichen Gegenpartei geknüpft werden, wird sich bei der Lückenhaftigkeit der Stelle wol nie mit voller Sicherheit bestimmen lassen. Die Tatsache, daß es geschah, beweist am besten, daß hier ein indirekter Zwang zur Realrestitution geübt werden sollte, da ein direkter unmöglich war. Somit fügt sich diese Bestimmung sehr wol in die allgemeinen Prinzipien der römischen Prozeßordnung ein; um sie mit ihr in Widerspruch zu bringen, bedurfte es der mehr als gewaltsamen Interpretation, mit der Stintzing jene Stelle mißverstanden hat. So scheint mir wenigstens die Annahme vollkommen in der Luft zu schweben, daß das beschriebene Liquidationsverfahren sich auf die persönliche Sakramentalklage resp. den dolosen Vindizieninhaber beschränke. Die persönliche Sakramentalklage kennt überhaupt keine Vindizien, und die Frage nach dem dolus der Parteien kommt bei der dinglichen Klage und erst recht bei der Vindizienerteilung in ihr gar nicht in Betracht.

So unmöglich wie diese Negative erscheint mir auch die entsprechende Positive, daß die dingliche Sakramentalklage mit der präto-

¹⁾ Stintzing, Verhältnis etc.

²⁾ Karlowa, Civilprozeß p. 80 ff.

³⁾ Festus s. vindiciae p. 276 M.

rischen Addiktion der Sache an den Sieger, also mit der Realexekution geendet hat. Für diese Annahme darf man sich nicht auf die Analogie der prätorischen Addiktion bei in iure cessio und confessio in iure berufen. Diese letzteren sind beides gleichartige Fälle, wenn man den Unterschied der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Betracht zieht. Das Objekt mußte sich in iure befinden, und da das Verfahren ebendasselbst zu Ende geführt wurde, so war der Beamte allerdings thatsächlich in der Lage, durch sein imperium die Sache in das Gewahrsam ihres nunmehr rechtmäßigen Besitzers zu bringen, und er war es rechtlich, denn noch hatte er nicht durch Vindizienerteilung über die Sache verfügt. Von alledem nun bietet das Verfahren in iudicio das Gegenteil. Das Streitobjekt ist weder vor Gericht noch dem Richter oder Praetor zugänglich. Weder thatsächlich noch rechtlich, denn es ist Eigentum dessen secundum quem vindiciae datae sunt.

Ebensowenig kann für jene These die Kontumazialordnung der XII Tafeln geltend gemacht werden: ante meridiem causam coiciunto, tum peroranto ambo praesentes. post meridiem praesenti litem addicito. Si ambo praesentes solis occasus suprema tempestas esto¹⁾. Denn wenn hier auch wirklich von dem Verfahren in iudicio und nicht von dem in iure die Rede sein sollte, was nicht bewiesen ist, aber immerhin als wahrscheinlich zugegeben werden mag, so erhellt doch zur Evidenz, daß der Ausdruck litem addicito im weiteren Sinn zu nehmen ist, so daß die Vorschrift bedeutet: der Richter soll zu Gunsten des erschienenen Teils entscheiden. An eine physische Addiktion der Sache an die Partei, wie bei in iure cessio, ist schon deshalb nicht zu denken, weil die Sache selbst sich gar nicht in iudicio befindet; man müßte denn meinen, daß die Partei, welche die Vindizien erhalten hat und nun unter Preisgebung des vadimonium iudicio sisti den Termin versäumt, so höflich sein würde, das Streitobjekt auf die Gerichtsstätte zu schicken. Anders liegt die Sache, wenn die Partei, welche die Vindizien nicht erhalten hat, kontumaziert wird. In diesem Fall behält die Gegenpartei ihren Besitz.

Wenn wir so die Annahme einer Exekution in rem bei der dinglichen Sakramentalklage durchaus ablehnen müssen, so fehlt eigentlich von vorneherein jedes Substrat für eine Kondemnation in rem bei demselben Prozeßverfahren. Welchen Zweck sollte auch

¹⁾ Lex XII tab. I, 7--9. Mommsen bei Bruns c. p. 18.

eine Verurteilung haben, der die Exequierbarkeit, das wesentlichste Kriterium der Kondemnation, notwendig und prinzipiell versagt ist?

Wenn trotzdem die Annahme einer *condemnatio in rem* bei der Sakramentalklage oft und mit großem Scharfsinn vertreten worden ist, so trägt die Schuld an diesem Mißverständnis lediglich eine Angabe von Gaius, wie sie freilich unglücklicher und leichter irreführend kaum gedacht werden kann:

Omnium autem formularum, quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum hominem vestem aurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat¹⁾.

Hier scheint in der That, da olim nur auf die Sakramentalklage bezogen werden kann, von einer *condemnatio in rem* im Legisaktionsprozeß gesprochen zu werden. Allein man wird wol zu bedenken haben, daß, wer dieses Zeugnis und zwar in dieser Interpretation festhält, in Widerspruch gerät mit der inneren ratio der Sache sowohl wie mit der sonstigen umfassenden und durchaus eindeutigen Überlieferung. Diese bezeichnet so einhellig die *pronuntiatio* über die Sakramente als das Endziel der Sakramentalklage²⁾, daß selbst Stintzing, der mit großem Scharfsinn diese Belege hinweg zu interpretieren versucht hatte³⁾, dieses in der That aussichtslose Bemühen schließlich selber aufgab, indem er die anfangs geleugnete *pronuntiatio* über die Sakramente anerkannte, freilich daneben noch eine sachliche *condemnatio in rem ipsam* annahm⁴⁾. Allein für ein solches Doppelurteil bieten die Quellen nicht bloß keinen Anhalt: dasselbe widerspricht auch durchaus der Theorie des ältesten Prozeßverfahrens. Daß der Verurteilte zu restituieren oder den Sieger zu befriedigen hatte, wußte er nach der *pronuntiatio* über die Sakramente ohnedies: welchen Zweck hätte da der Restitutionsbefehl in Form der *condemnatio* gehabt? Zumal da er völlig unverbindlich war. Denn weigerte der Verurteilte Restitution resp. Befriedigung, so geschah nicht Exekution in die Sache, über die ja durch die *Vindizienerteilung* schon endgültig verfügt war, sondern Exekution

¹⁾ Gaius IV, 48. Hienach Stintzing c. p. 35 ff.

²⁾ Cic. pro Caec. 33 de orat. I, 10, 42, pro domo 29, pro Mil. 27. Arnobius adv. gent. 4.

³⁾ Stintzing c. p. 32 ff. Ebenso Dernburg Heid. Zeitschr. I p. 541 ff.

⁴⁾ Stintzing in Heid. Z. III p. 348 ff.

auf Grund des vom Liquidationsrichter festgestellten Schätzwerts.

Ist dies richtig, so finden wir, wie das vorauszusehn war, in der Sakramentalklage mittelst *pronuntiatio* und Liquidation denselben Effekt erreicht, der im Formularverfahren freilich einfacher durch die bekannte arbiträre Formel der dinglichen Klage erzielt wurde: *si paret hominem etc. Ai Ai esse, ni N N arbitrato tuo restituat, Num Num Ao Ao quanti ea res est condemna*. Die formlose Aufforderung zur Restitution liegt *implicite* bei der Sakramentalklage in der *pronuntiatio* über die Sakramente, bei der späteren petitorischen Klage in der Konzeption der Formel: wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so erfolgt in der ersten Periode Umsetzung des bereits vorher rechtsgiltig anerkannten Anspruchs in Geld durch den Liquidationsrichter, in der zweiten Verurteilung auf *quanti ea res est*. Man sieht, der Unterschied ist ein rein formaler. Im Formularprozeß ist eine *condemnatio in rem* völlig unmöglich, in der Sakramentalklage mag man von einer solchen allenfalls insofern reden, als die Verpflichtung zur Restitution in der Entscheidung über die Sakramente unzweifelhaft enthalten ist, freilich eine Verpflichtung, der die Exequierbarkeit ebenso versagt ist, wie dem formlosen *arbitratus* des *iudex* in der zweiten Periode.

In dieser Richtung wird man die Erklärung der Gaiianischen Meinung zu suchen haben, der sehr mit Unrecht die formale Verschiedenheit vor der faktischen Gleichheit, der Exekution auf den in Geld umgesetzten Anspruch, betonte.

Hierin liegt gleichzeitig der Schlüssel für die Erkenntnis der ältesten Exekutionsordnung und damit der *Manusiniektionsklage*. Ihr Wesen besteht eben darin, daß sie die Exekution der aus der Sakramental- oder sonstigen Klage resultierenden Obligation ist, nachdem letztere vorher in Geld umgesetzt worden. So ist sie die Krönung des aus Sakramentalklage und Liquidationsverfahren bestehenden Gebäudes, ihre Voraussetzung demnach der liquide Geldanspruch.

4. Die *Manusiniektionsklage*.

Schon oben wurde über die äußere Form der *Manusiniektionsklage* das Nötigste gesagt; prüfen wir jetzt die bisher angedeutete Auffassung ihrer Theorie an den Detailzeugnissen.

Gaius berichtet über sie folgendermaßen¹⁾: *Per manus in-*

¹⁾ Gaius IV, 21.

iectionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege aliqua cautum est, velut iudicati lege XII tabularum: quae actio talis erat. qui agebat, sic dicebat: Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia eaque, quando oportet, non solvistis, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manum inicio, et simul aliquam partem corporis eius prendebat. nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat; <at> qui vindicem non dabat domum ducebatur ab actore et vinciebatur.

Es folgen dann die bekannten Ausführungen über Spezialgesetze, welche einzelnen und zwar nur liquiden Geldforderungen die Qualität der Geltendmachung mittelst Exekutivklage beileigten.

Was die Form angeht, welche das Prozessverfahren bei dem Eintreten eines vindex annahm, so darf nach der eindringenden Untersuchung Ungers¹⁾ eine Anzahl früherer Vermutungen beseitigt und die Annahme als erwiesen gelten, daß es sich eben um das Recht der ductio als solches gehandelt hat. Der Gläubiger will den Schuldknecht als solchen ergreifen: es ist handgreifliche Geltendmachung einer behaupteten Gewalt über eine Person. Damit ist denn auch die Notwendigkeit des Vindex erklärt; hätte man dem prensus gestattet, die Rechtmäßigkeit der Prension selbst zu bestreiten, so wäre er gleichzeitig Streitobjekt und Streitsubjekt gewesen. Es ist also ein Verhältnis analog dem Freiheitsprozess, wo auch für den Umstrittenen ein Dritter eintreten muß. Analog, aber nicht gleich. Denn auch darin hat Unger wol Recht: der Exekutivprozess aus dem Iudikat ist kein Freiheitsprozess²⁾. Gläubiger will den Schuldner nicht als Sklaven, sondern in die Schuldhaft führen.

Allein schwerlich konnte das, wie Unger will, in der Form eines Vindikationsprozesses über das Recht der Handanlegung und ductio, also über eine Art privatrechtlicher Hörigkeit, an manus iniectio competat, geschehn.

Wir sehen durch die Sakramentalklage in rem dingliche resp. Gewaltrechte gewahrt. Ob nun die Formel hunc ego hominem pro iudicato meum esse aio im stande ist, ein solches Hörigkeitsverhältnis zu vertreten, ist mehr als zweifelhaft: behaupte ich hominem meum esse, so nehme ich ihn nach römischem Sprachgebrauch als meinen Sklaven in Anspruch, und so kämen wir auf

¹⁾ Unger, Prozess mit dem Vindex in Z. f. R. VII 1868 p. 192—208.

²⁾ A. M. Rudorff in Z. f. g. R. XIV p. 317.

den Freiheitsprozeß, die *vindicatio in servitutum*, die Unger mit Recht ablehnt. Zudem: an die *vindicatio in servitutum* schließt sich ja wie an jede Vindikation die Umsetzung des Streitobjekts in Geldwert; da dieser Geldwert aber ebenfalls nur durch *Manus-iniectionsklage* exequierbar ist, so bekommen wir einen *circulus vitiosus* der schlimmsten Art. Man sieht nicht ein, auf welchem Wege hiernach der Kläger zur endlichen Realisierung seines rechtlich anerkannten Anspruchs gelangt. Auch führt wol der unbefangene Eindruck von Gaius' Schilderung darauf, daß jede der von ihm beschriebenen *Legisactionen* ein in sich geschlossenes Ganzes und nicht eine von ihnen in die andere unter Umständen auszulaufen bestimmt ist. So wird man annehmen müssen, daß in der *legis actio per manus iniectionem* in einer uns unbekannten Weise an das Auftreten des *vindex* sich die Bestellung des Richters zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der *Ductio* unmittelbar, vielleicht formlos oder doch unsolenn anschloß.

Die aus den XII Tafeln¹⁾ erhaltenen Bestimmungen über das Ritual der gerichtlichen *manus iniectio* bestätigen die Auffassung, daß dieselbe wesentlich und allein zur Exekution einer wie auch immer entstandenen liquiden Geldschuld bestimmt ist: *Aeris confessi rebusque*²⁾ *iure iudicatis*³⁾ *triginta dies iusti sunt. post deinde manus iniectio esto. in ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus.* Es folgen dann die Bestimmungen über Schuldhaft. Was den viel bestrittenen Anfang betrifft, so ist so viel klar — und nur dies kommt hier in Betracht — daß die *confessio in iure* auf ein *incertum* an sich ebenso die Kraft des *Iudikats* hat, wie die auf *certum aes*. Allein wenn ersichtlich der letzteren die unmittelbare Exequierbarkeit verliehen wird, die jener stillschweigend versagt ist, so ist eben der Grund der, daß die Liquidität der Geldschuld unweigerliche Vorbedingung der Exekutivklage ist.

¹⁾ Lex XII tab. III, 1—3. Mommsen bei Bruns l. c. p. 19 f.

²⁾ Karlowa c. p. 155 liest *reisque*. Über den Sinn kann kein Zweifel sein.

³⁾ Puntchart, Prozeß der *Virginia* p. 16 schließt aus der Stellung *aeris confessi rebusque iure iudicatis*, dass die *manus iniectio* gegen den *confessus* in der Entwicklung des römischen Prozeßrechts eher gedacht werden müsse als die gegen den *iudicatus*. Wo nicht, so hätte es in den XII Tafeln heißen müssen: *Rebus iure iudicatis aerisque confessi*! Der Gedanke, daß *confessio in iure* in jedem einzelnen Fall das *Judikat* ersetzt, also in der regelmässigen Folge zuerst genannt werden muß, scheint diesem Schriftsteller nicht gekommen zu sein.

Die *confessio* auf *incertum* macht die Schätzung im Liquidationsverfahren nötig, welche dann ihrerseits — also nicht mehr die *confessio* in iure — Substrat der Exekution ist. Die Worte *post deinde manus iniectio esto* beziehen sich, wie Karlowa¹⁾ richtig bemerkt, auf das ganze Verfahren = es soll das Handanlegungsverfahren stattfinden. Dieses wird nun im folgenden beschrieben. Die Worte in *ius ducito* besagen, daß Gläubiger nicht nötig hat, seinen Schuldner in *ius* zu vocieren, wie bei jeder anderen Klage, er darf ihn vielmehr vor Gericht führen, d. h. die außergerichtliche m. i. an ihm vornehmen. Also die gerichtliche m. i. hat die außergerichtliche stets zur Voraussetzung. Nun folgt, was in Gaius' oben angeführter Darstellung des Verfahrens mitgeteilt ist, die solenne Handanlegung vor dem Prätor, welche dem Prozesse den Namen gegeben hat, mit einer diese Handanlegung ausdrücklich rechtfertigenden ebenso feierlichen Formel. Daß wirklich diese zweite m. i. das Entscheidende an dem Verfahren ist, kann man sich sowol aus eigener Erwägung sagen, als auch folgt es aus der Bemerkung von Gaius,²⁾ es sei das Wesen der eigentlichen Legisationen (im Gegensatz zur *pignoris capio*), daß sie nicht *extra ius* sondern nur *apud praetorem praesente adversario* vollzogen werden könne. Ist nun diese feierliche Handanlegung unter Bezeichnung des Grundes d. h. der Forderung erfolgt, so kann das Verfahren, falls der Schuldner seinen Gläubiger nicht sofort befriedigt, nur noch entweder in *addictio* des Schuldners an den Gläubiger oder, falls ein *Vindex* auftritt, in einen Prozeß mit ihm auslaufen: *ni indicatum facit aut quis endo eom iure vindicit, secum ducito*.

Das ganze Ritual spiegelt sich, freilich auf einer späteren Stufe seiner Entwicklung, in dem Stadtrecht von Ossuna wieder,³⁾ wo es heißt: *cui quis ita ma> num inicere iussus erit, iudicati iure manus iniectio esto idque ei s(ine) f(raude) s(ua) facere liceto. Vindex arbitrato II viri quive i(ure) d(icundo) p(raeerit) locuples esto.*⁴⁾ *Ni vindicem dabit indicatumve faciet, secum ducito. Iure*

¹⁾ Karlowa c. p. 156: es könnte auch gemeint sein, man dürfe den Judikatschuldner, ohne ihn in *ius* zu vocieren, mittelst Handanlegung vor Gericht schaffen, wodurch über *legis actio per m. i.* noch nichts bestimmt worden wäre. In keinem Fall darf an die solenne m. i. vor dem Praetor gedacht werden, von der Gaius IV, 21 spricht und die der Höhepunkt des Verfahrens ist — wie Puntschart c. p. 8 will.

²⁾ Gaius IV, 29.

³⁾ Lex colon. Jul. Genet. cap. 61.

⁴⁾ Bekanntlich auch den XII Tafeln entsprechend.

civili vinctum habeto. Si quis in eo vim faciet, ast eius vincitur, dupli damnas esto colonisque eius coloniae HS ccIxx ccIxx dare damnas esto etc.

Es ist der Versuch gemacht worden,¹⁾ die Worte si quis in eo vim faciet auf einen gewaltsamen Befreiungsversuch des vinctus zu deuten. Es ist dies derselbe Irrtum, als wollte man die Sakramental- oder die Interdiktenklage wegen der festuca resp. der auf vim facere gerichteten Sponsion als actio de vi auffassen. Zudem passen die Worte ast eius vincitur dann nicht; daß jemand wegen gewaltsamen Befreiungsversuchs nur dann bestraft wird, wenn er ihn wirklich begangen hat, braucht nicht erst gesagt zu werden. Die richtige Erklärung ist vielmehr gleich bei der Herausgabe der Inschrift von Mommsen²⁾ gegeben worden: wenn jemand als vindex auftritt und den Prozeß verliert. Ob auch im römischen Iudikatsprozeß der Vindex im Fall der Verurteilung das duplum zu zahlen hat, läßt sich aus unseren Quellen mit absoluter Sicherheit nicht entnehmen; allein schon die Analogie des Rechts von Ossuna deutet darauf hin und nicht weniger die Litisrescenz der späteren actio iudicati.³⁾ Dazu kommt, daß wir von den meisten Klagen, welche in der ersten Periode dem Exekutivprozeß unterlagen, nachweisen können, daß sie auch in dem Formularprozeß entweder stets oder doch im Fall der infitatio auf duplum conzipten.⁴⁾ Endlich, da die spätere abgeschwächte legis actio per manus iniunctionem die Notwendigkeit des vindex abschaffte und die Klagübernahme durch den Schuldner gestattete,⁵⁾ so ist nicht recht abzusehn, welcher Vorteil bei der Exekutivklage noch für den Gläubiger hätte übrig bleiben können, falls dieselbe nicht auf das duplum gegangen wäre.⁶⁾

5. Aufsergerichtliche Manusiniectio. Ihr Verhältnis zur Manusiniektionsklage.

Der gerichtlichen Handanlegung in der Exekutivklage geht die aufsergerichtliche voran: man hat neuerdings wiederholt ver-

¹⁾ Von Exner in Z. f. R. XIII p. 392—398.

²⁾ Mommsen in Eph. ep. III p. 110.

³⁾ Gaius IV, 9. IV, 171 etc.

⁴⁾ Gaius IV, 12.

⁵⁾ Gaius IV, 24.

⁶⁾ A. M. Unger l. c.

sucht das Verhältnis umzukehren und überall da, wo die außergerichtliche m. i. vorkommt, die Exekutivklage anzunehmen. Es erscheint deshalb nötig, die wesentlichsten Fälle der ersteren in Betracht zu ziehen.

a. Bis in die späteste Zeit konnte man bei dem Verkauf von Sklaven die außergerichtliche Ergreifung und Wiederinbesitznahme für gewisse Fälle vorbehalten¹⁾: hier leuchtet ein, daß ein gerichtliches Verfahren dem Sinn der Abrede gradezu widerspricht — abgesehen davon, daß in jener Zeit die Legisaktionen längst nicht mehr existierten.

b. Daß der fur manifestus von dem Prätor dem Bestohlenen addiziert wurde, ist bestimmt überliefert; daß letzterer ihn gewaltsam, also mit Handanlegung, vor Gericht schaffen wird, im höchsten Grade glaubhaft. Somit finden wir hier ein wesentliches und ein unwesentliches Kriterium der legis actio per m. i., und es kann daher nicht befremden, daß der Versuch gemacht wurde²⁾, das Verfahren bei furtum manifestum als Exekutivklage zu konstruieren. Vom Standpunkt der oben gegebenen Darstellung der legis actio per m. i. aus würde derselbe natürlich zu verwerfen sein, weil weder eine liquide Geldschuld noch über das Verfahren bei Eintreten eines vindex in der actio furti manifesti irgend ein Zeugnis vorliegt. Allein sehen wir davon ab und prüfen wir die für jene Meinung vorgebrachten Belege.

capitale crimen (sc. furtum manifestum) apud maiores fuit ante poenam quadrupli³⁾.

ex ceteris manifestis furibus liberos verberari addicque iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent⁴⁾.

duram esse legem putas..... quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit⁵⁾?

poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat:

¹⁾ L. 9 D. 18. 7. L. 20, § 2. D. 40, 1. L. 1 f. Cod. 4, 55. L. 7 D. 40, 8. L. 10 § 1 D. 2, 4 etc.

²⁾ Keller c. p. 76, zweifelnd p. 201. Puchta, Institutionen I p. 477. Wach zu Keller p. 76 n. 220. Dagegen Bethmann-Hollweg c. p. 171. Voigt, das Recht der XII T. I p. 379. II p. 550. 561.

³⁾ Servius zu Aen. VIII, 205.

⁴⁾ Gellius XI, 18, 8.

⁵⁾ Gellius XX, 1, 7: das Ganze ist ein Gespräch zwischen Favorinus und S. Caecilius über die XII Tafeln.

nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant ¹⁾).

Man sieht, daß sie positiv für jene Annahme keinen Beweis geben: wol aber läßt sich bei genauer Betrachtung aus ihnen ein Beweis des Gegenteils entnehmen. Denn wenn darüber gestritten wurde, ob die prätorische Addiktion des fur manifestus an den Bestohlenen jenen in den Zustand des Sklaven oder des adiudicatus versetzt d. h. desjenigen, der in der Exekutivklage dem Kläger zugesprochen wird — und ein Residuum dieses von Gaius ausdrücklich bezeugten Streits finden wir noch in dem Gespräch des Favorinus — ist da nicht die Schlußfolgerung absolut notwendig, daß das Verfahren selbst, welches zu jener Addiktion führte, nicht die Exekutivklage gewesen ist? Wäre das anders gewesen, der Streit hätte nie aufkommen können. Vielmehr ist der Grundgedanke des Verfahrens offenbar der, daß das *ἐπ' ἀποφώρῳ λαβεῖν* eben als Beweis gilt und das eigentliche Gericht überflüssig macht²⁾; leugnet aber der fur manifestus, so entscheidet der Prätor kraft seiner Kognition, wie das aus zahlreichen Belegen der antiken Komödie hervorgeht: immer wird das Verfahren vor dem Prätor, d. h. in iure erledigt³⁾. Für einen vindex ist absolut kein Raum. Es würde durch sein Eintreten die Trennung des Verfahrens in iure und in iudicio nötig werden, die bei der actio f. m. gerade vermieden worden ist und vermieden werden sollte, weil das Ergreifen auf frischer That dem Beweise gleichgesetzt wird.⁴⁾

c. Schwieriger liegt die Frage in dem Fall, daß der in ius vocatus widerstrebt resp. Fluchtversuche macht und von dem Ansprechenden mittelst Handanlegung vor Gericht geschafft wird. Wenn man den Fluchtversuch als konkludenten Schuldbeweis als der confessio gleichwertig betrachtete, wie die Ergreifung bei dem fur manifestus, so lag es nahe, an die Exekutivklage zu denken, und auch sehr vorsichtige Forscher haben dieser Versuchung nicht

¹⁾ Gaius III, 189.

²⁾ So sagt Tacitus ann. XI, 6: non iudicium quippe in manifestos sed poenam.

³⁾ Bethmann-Hollweg c. p. 171.

⁴⁾ Von anderen Gesichtspunkten gelangt zu demselben Resultat Ubbelohde in seiner Rezension der Schrift Punscharts in den G. G. A. 1863 p. 1491 f.

widerstehn können¹⁾. Dazu kam eine scheinbare Steigerung in den XII Tafeln als ausschlaggebendes Moment²⁾: *si in ius vocat, ni it, antestamino; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito*. Hier wird also das bloße *capere* von dem *manum inicere* unterschieden, und man empfand die Verpflichtung, diesem Unterschied praktische Bedeutung unterzulegen.

Auf derselben ersten Tafel nach unseren Fragmentsammlungen befinden sich hergebrachterweise die bekannten Bestimmungen über den *Vindex* bei *in ius vocatio*³⁾: *assiduo vindex assiduus esto; proletario cui qui volet vindex esto*. So hatte man denn auch den *vindex*, der zur Exekutivklage gehört, besonders da man damit das spätere Verfahren im Formularprozeß in Verbindung brachte, nach welchem der *vocatus* entweder zur Folge oder zur Stellung eines *vindex* verpflichtet ist⁴⁾: *formulae, quae sub titulo de in ius vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dedit*.

Allein gegen diese an sich recht gut zusammenhängende Auffassung ist von Lenel eine Reihe der schwersten Bedenken geltend gemacht worden⁵⁾. Der technische Ausdruck für Exekutivklage ist nicht *manum endo iacito*, sondern *manus iniectio esto*, wie diejenigen Urkunden zeigen, in welchen eine solche zweifellos angeordnet wird.⁶⁾ An den Stellen, welche von der Handanlegung bei *in ius vocatio* sprechen, ist von einer solchen Konsequenz entfernt nicht die Rede. Zudem worauf sollte die Exekutivklage gehen? Nicht nur, daß kein liquider Geldanspruch da ist: wir wissen nicht einmal, ob überhaupt bei *in ius vocatio* Bezeichnung des Anspruchs durch den Kläger nötig war. Daß Weigerung der Gerichtsfolge resp. Fluchtversuch als Schuldbekenntnis etwa wie das Ergreifen auf frischer That angesehen wird, das würde man vollkommen begreifen; um aber aus dieser Möglichkeit nicht falsche Schlüsse zu ziehn, muß man sich gegenwärtig halten, daß auch der *confessus* nicht der Exekutivklage unterliegt, sondern nur der *confessus aeris*: daß aber der gewaltsam vor Gericht Ge-

¹⁾ Puchta c. p. 465 f. 476 f. Ihering c. I p. 158. Unger c. p. 206 f. Karlowa c. p. 321 f. Huschke c. p. 398 ff.

²⁾ Lex XII tab. I, 1 f. bei Bruns fontes p. 16 f. Ich halte Mommsens Reconstruction für evident.

³⁾ Lex XII tab. I, 4 bei Bruns c. p. 17.

⁴⁾ Gaius IV, 46.

⁵⁾ Z. der Savignystiftung II p. 43–54.

⁶⁾ Lex XII tab. III, 2. Lex Rubria c. 61. Inscr. v. Lucera.

schleppte als *confessus* auf *certum aes* sollte betrachtet sein, das wird niemand behaupten wollen. Demnach müßte mindestens noch eine *Litisaestimatio* dazwischen geschoben werden.¹⁾ Allein damit würde der eigentliche Wert des ganzen Verfahrens, eine beschleunigte und auch gegen den Willen des Beklagten sofort durchführbare Prozedur zu schaffen, vollkommen vereitelt sein. Auch sagen die XII Tafeln, wo sie von *in ius vocatio* sprechen, über dieses *arbitrium* l. a. nichts, und man darf nicht einwenden, es sei in dem Folgendem davon die Rede gewesen und dieser Teil uns verloren; denn wir haben gerade hier ein längeres zusammenhängendes Stück, und ein Blick auf dasselbe zeigt, daß der Gesetzgeber sofort auf andere Dinge übergegangen ist, also hierüber weiteres zu sagen nicht für nötig befunden hat. Die einzige Überlieferung, die wir über das Liquidationsverfahren haben, knüpft dasselbe an die Bedingung der *falsae vindiciae latae*, demnach an eine Voraussetzung, welche nur bei der *in rem actio* erfüllt werden kann.²⁾

Vollends entscheidend wäre ein Argument, welches Lenel anführt, falls dasselbe bei genauer Prüfung sich bestätigen sollte. Derselbe deduziert folgendermaßen³⁾: Der Streit bei der *legis actio per m. i.* dreht sich um das Recht zur *manus iniectio resp. ductio*. Hiernach hätte in unserm Falle nur die Frage Streitgegenstand bilden können, ob Kläger in *ius* voziert und Beklagter Fluchtversuche gemacht habe; denn dies und nicht der materielle Anspruch des Klägers sind die gesetzlichen Voraussetzungen des *manum endo iacito*. Der *vindex* müßte hienach fast immer unterliegen.

Allein ich fürchte sehr, daß diese ganze Deduktion auf einem zu weit getriebenen Formalismus beruht. Man denke nur an die Exekutivklage aus dem Iudikat! „Gesetzliche Voraussetzung der *ductio*“ ist hier offenbar das Iudikat, und doch wird niemand behaupten, daß bei Eintreten des *vindex* die Existenz des Iudikats Gegenstand des Prozesses gewesen sein wird: zweifellos führte ein solches Eintreten zu einer nochmaligen Untersuchung über den Rechtsgrund des Iudikats, so daß der Exekutivprozeß faktisch eine Revisions- resp. Kassationsinstanz darstellt. Die rechtliche Konstruktion dieser Thatsache ist nicht leicht. In den meisten

¹⁾ Dies nimmt denn auch Karlowa c. p. 322 n. 2 an.

²⁾ Es sei beiläufig bemerkt, daß hienach über das Verfahren bei der auf ein *facere*, also ein *incertum* gerichteten Obligationsklage eine vollkommen deutliche Anschauung nicht zu erreichen ist.

³⁾ Lenel c. p. 50 f.

Fällen wird der *Vindex* weder die Existenz des Iudikats gelehnet noch Erfüllung desselben durch den Beklagten behauptet haben — Beides war in der Regel notorisch eventuell unterlag es der prätorischen Kognition in iure — sondern er bestritt die Rechtsbeständigkeit des Urteils aus formalen oder materialen Gründen. So auch hier; der *vindex* hätte weder die Thatsache der Ladung noch des Fluchtversuches, sondern die Berechtigung des materiellen Anspruchs des Ladenden zu bestreiten.

Allein Demelius hat mit vollem Recht darauf aufmerksam gemacht¹⁾, daß die Basis der herrschenden Meinung nichts weniger als fest steht, nämlich das Vorkommen des *vindex* bei in ius vocatio überhaupt. Die Aufnahme der den *vindex* betreffenden Bestimmungen in die von in ius vocatio handelnde erste Tafel unserer modernen Fragmentsammlungen²⁾ war vielmehr nur ein freilich folgenschwerer Irrtum, der gleichzeitig Ursache und Folge jener Annahme einer eventuellen Exekutivklage bei in ius vocatio geworden ist. Daß vielmehr jene Bestimmungen über *vindex* der vom Exekutivprozeß handelnden dritten Tafel zuzuschreiben ist,³⁾ zeigt die Reihenfolge sowol in dem oben angeführten Kapitel des Stadtrechts von Ossuna⁴⁾ wie der der Erklärungsversuche in dem Digestentitel si quis in ius dicenti non obtemperaverit. Somit ist der Unterschied zwischen *capere* und *manum inicere* bei der Ladung rein thatsächlich so zu verstehen, daß erstere ein Anfassen als Symbol des Verhafts bedeutet, das zweite eine gewaltsame Festnahme.⁵⁾ Die Differenz betrifft wesentlich den Ehrenpunkt. Leute niederen Standes und Verdächtige oder solche, die sich durch ihr Benehmen verdächtig machen, werden eben vor den Prätor geschleppt, wie das in zahlreichen Szenen bei Plautus⁶⁾ anschaulich geschildert wird. Auf den Mann von Stande nahm man mehr Rücksicht, ja pflegte man sogar die Rücksicht zu nehmen, daß man ihn

¹⁾ Demelius in Z. der Savignystiftung II p. 1—13.

²⁾ Schoell, leg. XII tab. rel. p. 116. Bruns c. p. 17.

³⁾ So jetzt Voigt c. I p. 701.

⁴⁾ cf. oben p. 154.

⁵⁾ Lenel l. c. macht auf eine interessante Parallele im englischen Recht aufmerksam, wo auch die Verhaftung erst wirksam wird by corporal seizing or touching the defendant body. Blackstone III, 19. Ruettimann § 192. cf. Gellius XIII, 13. Gaius IV, 183. Cod. Theod. c. 54. X, 32.

⁶⁾ Aulul. IV, 10, 30. Poen. III, 5, 45. V, 4, 60 ff. Rud. III, 6, 30. Terent. Phormio V, 8.

überhaupt nicht mit der in *ius vocatio* überfiel, sondern mit ihm einen Termin verabredete, wo beide sich in *iure* einfinden sollten.

6. Die Handanlegung im Freiheitsprozefs.

Wir kommen nunmehr zu dem letzten Fall, dem der Handanlegung im Freiheitsprozefs. Auch hier abstrahieren wir von den Voraussetzungen der Exekutivklage, welche oben festgestellt wurden und welche die Ausdehnung derselben auf die *causa liberalis* von vornherein unmöglich machen müßten: die Freiheit läßt sich natürlich nicht in Geld umsetzen. Wir betrachten vielmehr die Frage an sich.

Die These, daß der Freiheitsprozefs Exekutivklage sei, wurde zuerst von Heffter¹⁾ aufgestellt und alsdann von Mayer²⁾ auf den berühmtesten Freiheitsprozefs des klassischen Altertums, den um *Virginia* ausgedehnt. Ihm schloß sich kein Geringerer als Puchta³⁾ an, und ausführlich wurde diese Auffassung dann auch in der einzigen Monographie, die wir über diesen Prozefs bis jetzt besitzen, vertreten.⁴⁾ Daneben hat es von vornherein nicht an Widerspruch gefehlt, und man darf wol behaupten, daß die herrschende Meinung im Anschluß an die ausdrückliche Überlieferung von *Gaius*,⁵⁾ daß der Prozefs über Gewaltrechte, zu denen auch der Freiheitsprozefs gehört, in Form der *legis actio sacramento in rem* erledigt wurde, der Ausdehnung der Exekutivklage auf die *causa liberalis* widerstrebt.⁶⁾ Ich zweifle nicht, daß sie damit das Richtige trifft. Die Notwendigkeit des *vindex* freilich erklärt sich aus demselben Grunde wie bei der *legis actio per m. i.* Es kann der Beklagte nicht

¹⁾ *Gaii instit. comm.* IV. 1827 p. 15.

²⁾ *ad Livii lib. III c. 44—48.* 1828.

³⁾ *Puchta c. I p. 477.*

⁴⁾ *Puntschart, Der Prozefs der Virginia.* 1860.

⁵⁾ *Gaius IV, 14: si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est, favore scilicet libertatis, ne onerarentur assertores.*

⁶⁾ *Zimmern, Civilprozefs § 44. Ausführlich Schmidt in Z. f. Rechtsgeschichte XIV. 1848 p. 71—94. Ihering, Geist III p. 95 n. 119. Eck c. p. 25. Rudorff zu Puchta c. p. 477, 1 u. Rechtsgeschichte II p. 86. Keller c. p. 101. Karlowa c. p. 89 f. cf. p. 184 ff. Bethmann-Hollweg c. I p. 137 f. Ubbelohde c. p. 1486—1489. Programm von Feldkirch 1861/62 p. 7—13.*

gleichzeitig Streitobjekt und Streitsubjekt sein¹⁾: wie es sich dort um das Recht zur Abführung in die Schuldhaft, so handelt es

¹⁾ Eine Ausnahme freilich von dieser Regel will Voigt c. II p. 68, 15 u. p. 70 statuieren: „Die defensive Geltendmachung der libertas, zu Gunsten somit des in libertate morans gegenüber der vindicatio in servitutum erfordert weder noch läßt zu einen assertor: dieselbe wird von dem Vindizierten selbst zugleich als Beklagten übernommen.“ Indessen jene Regel kennen wir bis jetzt als ein ausnahmsloses Dogma, und sie ist in der That so beschaffen, daß eine einzelne Ausnahme ihre dogmatische Kraft völlig aufheben würde. Prüfen wir, ob zur Statuierung einer solchen Ausnahme irgend ein Grund vorliegt. Zunächst die bekannte Regel von der Stellvertretung im Legisactionsverfahren (Gaius IV, 82 mit Pr. J. 4, 10) spricht von der Stellvertretung im Freiheitsprozesse (pro libertate), ohne dieselbe auf einen einzelnen Fall oder eine Kategorie von Fällen zu beschränken. Die Verfügung Justinians, kraft deren er die Assertion aufhebt (L. 1 C. VII, 17), lautet zu Anfang: *Lites super servili condicione movendas ad clementiorem tam examinationem quam terminum transferimus iubentes, si quis, vel adhuc serviens, liberum se esse dixerit vel in libertate commorans ad servitutum vocatus fuerit, adsertoris difficultatem in utroque casu cessare ipsunquē per se ad intentiones eius, qui dominum sese adserit, respondere et, si ex possessione libertatis ad servitutum ducitur, etiam procuratorem dare minime prohibere, quod his, qui ex servitute ad libertatem prosiluerint, penitus interdiciamus.* Man sieht deutlich: Justinian schafft ausdrücklich die Assertion sowohl für die vindicatio in libertatem als auch für die in servitutum ab, deren Bestehn in dem letzteren Fall von Voigt geleugnet ist: soll man nun dem Kaiser zutrauen, er habe etwas abgeschafft, was zuvor nicht bestand? Daß demgemäß in den Digesten die Spuren des assertor nach Möglichkeit verwischt sind, wird daher niemand als ein Beweis für seine Nichtexistenz betrachten: eher als Beweis des Gegenteils, wenn sich trotzdem noch Spuren von dieser Einrichtung finden, auf welche Puchta (II p. 125 f.) aufmerksam macht. Und wenn wir nun die Stelle lesen, auf welche allein Voigt seine ganze schwerwiegende Kombination stützt: L. 11 § 9 D. 47, 10 aus Ulpian's Ediktskommentar: *ei, qui servus dicitur seque adserit in libertatem, iniuriarum actionem adversus dicentem se dominum competere nulla dubitatio est*, so wird man die Erklärung wol natürlich finden, daß die Redaktoren der Digesten hier, wie an den meisten anderen Stellen, mit jenen wenigen Ausnahmen, welche auf Nachlässigkeit zurückzuführen sind, die klassischen Juristen einfach, wie ihre Pflicht war, interpoliert haben. Welchen Sinn sollte wol auch unter jeder anderen Voraussetzung der Satz des Priscian haben: Inst. Gramm. XVIII, 30 p. 292: „assertio tam a servitute in libertatem quam a libertate in servitutum dicitur“? Und schließlich, wer sich in das römische Prozessrecht eingelebt hat, wird der nicht sagen müssen, daß die Stellung jemandes, der sich mittelst actio in rem selbst in libertatem vindiziert, auf ein Haar derjenigen Münchhausens ähnt, der sich an seinem eignen Zopf aus dem Sumpf zieht? Die Notwendigkeit des vindex bei der vindicatio in servitutum hat für uns Moderne etwas in hohem Grade Befremdendes,

sich hier um das zur Abführung in die Sklaverei. Ist das richtig, so ergibt sich der Unterschied von Freiheitsprozeß und Exekutivklage schon hieraus von selbst: er ist — wenn man nur diese Seite der Sache in Betracht zieht — ebenso groß, wie der von Sklaverei und Schuldhaft, die niemand wird identifizieren wollen.

Wenn so die Freiheitsklage auch bei der etwa vorangehenden außergerichtlichen Handanlegung zweifellos keine Exekutivklage war, so verdient wol die Frage eine nähere Erwägung, ob wirklich die *manus iniectio* in jedem Fall integrierender Bestandteil des Libertätsprozesses gewesen ist.

Die *ratio* der Sache wie die Natur unserer Ueberlieferung scheinen mir hier eine bisher unterlassene Unterscheidung zu verlangen. Vindiziere ich jemanden als meinen Sklaven, der seine-
seits *homo sui iuris* zu sein behauptet, so entspricht es der Natur der Sache, daß ich ihn gleichsam als herrenloses Objekt — von meinem Standpunkt aus — mittelst Handanlegung vor Gericht schaffe: man könnte noch einen Schritt weitergehn und sagen, selbst das letztere ist überflüssig, sobald der Beanspruchte, etwa ein *servus fugitivus*, die Rechtmäßigkeit der *Prension* anerkennt und sich fügt. Auf diesen Fall, sowie auf die oben sub a) angeführte Kategorie, mit der er ja auch zusammenhängt, ist wol die Glosse von Servius zu beziehen¹⁾:

*sermone usus est iuris; nam manus iniectio dicitur, quotiens nulla iudicis auctoritate expectata rem nobis debitam vindicamus*²⁾.

daher dieser Versuch, sie aus dem römischen Recht zu entfernen, wie ein ähnlicher von einem höchst besonnenen Gelehrten, Platner c. II, 238 f., für das griechische Recht gemacht worden ist. Man unterschätzt dabei die Bedeutung des öffentlichen Lebens im Altertum und gleichzeitig die Tatsache, daß die antiken Privatrechte zunächst immer auf die kleinsten Verhältnisse zugeschnitten sind. Ausführlicher ist darüber oben bei Gelegenheit des griechischen Rechts gesprochen.

¹⁾ Zu Verg. Aen. X, 419: *Iniecere manum Parcae telisque sacrarunt Evandri*.

²⁾ Wie Puntschart c. p. 9 zu der Bemerkung kommt, es sei ein außergerichtliches *m. i.* gemeint, auf welches ein *in ius ducere* folgte „weil sonst die Worte *nulla etc.* eine mäßige Zuthat wären“ — cf. p. 28 f. „die Worte *iudicis etc.* sind nur dann nicht müßig, wenn man sie auf das *in ius ducere* bezieht“ — ist mir unbegreiflich. Das Gegenteil steht ausdrücklich da: *nulla iudicis auctoritate expectata d. h.* man hat nicht die Absicht, den Sklaven

Ganz anders aber liegt der Fall, wenn ich jemanden als meinen Sklaven vindiziere, der bisher faktisch *homo alieni iuris*, etwa *filius familias* war. Es liegt auf der Hand, daß ich mich mit meinem Anspruch ebenso an den Gewaltherrn, den *pater familias*, zu halten habe, wie wenn ich irgend einen Gegenstand, eine beliebige *res mobilis* beanspruche, die in seinem Besitze ist. Dies ergibt sich schon daraus, daß der Gewalthaber auch ökonomisch an seinem Gewaltrecht interessiert ist: der Haussohn erwirbt ja, was er hat, für seinen Gewaltherrn, und deshalb würde er geschädigt werden, falls man einen anderen als ihn zur Übernahme des Prozesses legitimiert erachten wollte. Demnach scheint es mir zweifellos, daß, wer einen *filius familias* — natürlich stehen dem die *filia familias* und die *loco filiae familias* befindliche *uxor in manu* völlig gleich — als seinen Sklaven vindizieren will, einfach den Gewaltherrn derselben in *ius* zu vozieren hat, eventuell mit dem Verlangen, das Streitobjekt in *iure* mitzubringen: das Verfahren gestaltet sich ganz ebenso, als wenn man den Sklaven eines anderen als seinen Sklaven vindizieren will — ohne daß man deswegen den Unterschied von *patria* und *dominica potestas* zu verkennen braucht. Will man also auch für diesen Fall des Freiheitsprozesses die außergerichtliche Handanlegung festhalten, so ist es nur möglich, wenn man dieselbe Prozedur bei der dinglichen Klage überhaupt und ausnahmslos d. h. natürlich bei der um Mobilien, annimmt. Das ist denn auch konsequenterweise gethan worden: es ist die Ansicht aufgestellt, daß jeder, der eine Mobilie vindizieren wollte, diese selbst mittelst Handanlegung vor Gericht zu bringen berechtigt resp. verpflichtet war, während er gleichzeitig ihren bisherigen Inhaber in *ius* zu vozieren hatte¹⁾. Diese Annahme scheint mir nicht bloß unabweisbar zu sein, sondern auch die allerschwersten inneren und äußeren Bedenken gegen sich zu haben. Es ist bekanntlich keineswegs sicher, daß der in *ius* Vozierende dem Vozierten sogleich den Anspruch mitteilen musste, den er in *iure* vorbringen würde, folglich konnte auch der Beklagte noch nicht verpflichtet sein, die Sache in *iure* mitzubringen, wo sie sich ja beim Beginn der eigentlichen *Legisactio*, etwa im zweiten Termin, befinden musste:

in *ius* zu führen; thut man das, so ist, falls ein *vindex* auftritt, das Verfahren in *iudicio* unvermeidlich geworden.

¹⁾ Voigt c. I p. 594.

wie kam also der Kläger auch nur physisch in die Lage, Handanlegung an einem Objekt auszuüben, das sich in voller Abgeschlossenheit in der Wohnung des Beklagten befand? Allein sehen wir von diesem als einem kontroversen Punkt ab: wie will man eine solche Handanlegung praktisch durchgeführt denken?

Es wird jemand in ius voziert mit dem Bedeuten, der andere werde in iure den Ring, welchen jener auf seinem Finger trägt, als sein Eigentum reklamieren. Sollte sich nun wirklich jemand einbilden, der in ius Vozierte hätte es sich gefallen lassen, daß ihm der angebliche Kläger ohne viele Umstände den Ring vom Finger zieht? Oder sollte etwa Beklagter ihn gutwillig eingehändigt haben? Wodurch war er denn davor gesichert, daß nicht der andere, nun er das Objekt in Händen hatte, das weitere Verfahren unterliefs? Wenn er dann seinerseits klagte, so hatte ja er nun das angebliche Recht der manus iniectio: man sieht, das Spiel fing dann von neuem an. Nun stützt sich diese ganze Kombination wesentlich auf zwei Quellenbelege aus Gaius und den Digesten, die so lauten:

Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci . . . pars aliqua inde sumebatur; deinde in eam partem . . . fiebat vindicatio; itaque velut ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur; similiter, si de fundo . . . controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur¹⁾.

Man erkennt deutlich: von einer Handanlegung durch den Kläger ist nicht die Rede: das Objekt muß vor Gericht befindlich sein, also dorthin geschafft werden, von wem und wie, sagt Gaius nicht; offenbar hat er die Ergänzung für selbstverständlich gehalten, daß es durch den bisherigen Inhaber des Objekts, d. h. den Beklagten zu geschehen hat. Weiter führt auch Ulpian's Ediktskommentar²⁾ nicht:

Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui, quod extremum in iurisdictione, est non fecit: veluti si quis rem mobilem

¹⁾ Gaius IV, 17.

²⁾ L. 1 § 1 D. II, 3. Vergl. zur Auslegung der Stelle: Karlowa c. p. 167 f. Übrigens baut auf diese Stelle seine prinzipiell entgegengesetzte Auffassung Bethmann-Hollweg Civilprozeß I § 39 p. 127 f.

vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est.

Schon deshalb nicht, weil hier gar nicht von der in ius vocatio die Rede ist, diese vielmehr, da von dem ius dicens gesprochen wird, als schon geschehn vorausgesetzt werden muß: die ganze Stelle gehört wol nicht hierher.

Schließlich läßt sich vielleicht noch etwas wie ein direkter Quellenbeweis gegen die außergerichtliche Handanlegung in all' diesen Fällen anführen. Gaius sagt im Beginn seiner Beschreibung der Sakramentalklage in rem¹⁾:

Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat etc.

Man darf wol, ohne die Worte dieses Schriftstellers übermäßig pressen zu wollen, feststellen, daß nach diesem Bericht eine vorangegangene Handanlegung bei der gemeinen Vindikation nicht gut denkbar ist: denn wer eine Sache in einem bestimmten Augenblick ergreift resp. anfäßt, kann sie nicht vorher mittelst Handanlegung in seinen Besitz gebracht haben²⁾. Das ipsam rem adprehendebat setzt voraus, daß die Sache bis dahin im Gewahrsam des Beklagten war, wie dieser Zustand auch aus inneren Gründen erfordert wird.

Somit scheint bei einem Teil der Freiheitsklagen, nämlich der Vindikation bisheriger Gewaltunterworfenen, die Annahme selbst der außerprozessualischen Handanlegung sich nicht zu bestätigen. Natürlich entfällt damit nicht bloß bei diesen, sondern bei allen Freiheitsklagen die Möglichkeit, eine l. a. p. m. i. zu statuieren, denn zweifellos sind all' diese Klagen derselben Klagfigur unterworfen gewesen.

Allein davon und von allem hier Angeführten abgesehen, schon aus ganz allgemeinen, aber durchschlagenden Gründen ist die hier bekämpfte Theorie so unwahrscheinlich wie nur möglich: der favor libertatis im römischen Altertum ist sprüchwörtlich geworden, seine Bethätigung im römischen Recht umfassend und

¹⁾ Gaius IV, 16.

²⁾ Unter Handanlegung wird natürlich nicht eine einmalige momentane Berührung, sondern die dauernde Inbesitznahme verstanden.

mannigfach¹⁾, und trotzdem sollte man den Prozeß um die Freiheit in die für den Beklagten verderblichste Form, die der Exekutivklage gebracht haben!

Schon äußerlich zeigt sich dieser Widerspruch: das geringere Sacramentum von 50 asses, von dem Gaius²⁾ ausdrücklich sagt, es sei *favore libertatis* angesetzt, steht zu dem duplum der Exekutivklage in einem unlösbaren Gegensatz.

¹⁾ cf. Zitelmann, *Recht von Gortyn* p. 88 Anm. 38 und die dort beigebrachten *Digestenstellen*.

²⁾ *Gaius* IV, 14.

II.

Dionysius' und Livius' Bericht über den Prozeß um Virginia.

XXVIII. Τὸ δ' ἐν Ἀλγιδῷ τῆς Αἰκανῶν χώρας καθιδρυμένον καὶ τὸ ἐν τῇ πόλει πλῆθος ἄπαν διὰ ταύτας ἐξεπολεμώθη τὰς αἰτίας πρὸς αὐτοὺς. ἀνὴρ ἐκ τῶν δημοτικῶν, Λεύκιος Οὐεργίνιος, οὐδενὸς χείρων τὰ πολεμικά, λόχον τινὸς ἡγεμονίαν ἔχων ἐν τοῖς πέντε τάγμασιν ἐτάχθη τοῖς ἐπ' Αἰκανοὺς στρατευσαμένοις. τοῦτω θυγάτηρ εἴτιχεν οὖσα καλλίστη τῶν ἐν Ῥώμῃ παρθένων, τὸ πατρῶον ὄνομα φέρουσα, ἣν ἐνεγγνήσατο Λεύκιος, εἰς ἐκ τῶν δεδημαρχηκότων, υἱὸς Ἰκιλίου τοῦ πρώτου τε καταστησαμένον τὴν δημαρχικὴν ἐξουσίαν, καὶ πρώτου λαβόντιος. ταύτην τὴν κόρην ἐπίγαμον οὖσαν ἤδη Θεασάμενος Ἀππίος Κλαύδιος, ὁ τῆς δεκαρχίας ἡγεμῶν, ἀναγινώσκουσαν ἐν γραμματιστοῦ· ἦν δὲ τὰ διδασκαλεῖα τῶν παιδῶν τότε περὶ τὴν ἀγοράν· εὐθύς τε ὑπὸ τοῦ κάλλους τῆς παιδὸς ἐάλω, καὶ ἔτι μᾶλλον ἔξω τῶν φρενῶν ἐγένετο, πολλάκις ἀναγκαζόμενος παρίναι τὸ διδασκαλεῖον, ἤδη κρατούμενος ὑπὸ τοῦ πάθους. ὥς δ' οὐκ ἠδύνατο πρὸς γάμον αὐτὴν λαβεῖν, ἐκείνην τε ῥῶν ἐγγεγνημένην ἐτέρῳ καὶ αὐτὸς ἔχων γυναικα γαμεῖν· καὶ ἅμα οὐδ' ἀξιώων ἐκ δημοτικοῦ γένους ἀρμόσασθαι γάμον, δι' ὑπεροψίαν τῆς τύχης καὶ παρὰ τὸν νόμον, ὃν αὐτὸς ἐν ταῖς δώδεκα δέλτοις ἀνέγραψε, τὸ μὲν πρῶτον ἐπειράθη διαφθεῖραι χρήμασι τὴν κόρην καὶ προσέπειμψεν αἰετίνας πρὸς τὰς τροφὰς αὐτῆς γυναικας· ἦν γὰρ δοσανὴ μητρός ἢ πατρὸς, διδοὺς τε πολλὰ καὶ ἔτι πλείονα τῶν διδομένων ὑπισχνούμενος. παρηγγέλλετο δὲ ταῖς περτωμέναις τὰς τροφὰς, μὴ λέγειν, τίς ὁ τῆς κόρης ἐστὶν ἐρῶν, ἀλλ' ὅτι τῶν δυναμένων τις εὖ ποιεῖν οὕς βούληθῇ καὶ κακῶς. ὥς δ' οὐκ ἔπειθεν αὐτάς, ἀλλὰ καὶ φυλακῆς ἑώρα τὴν κόρην κρείττονος ἢ πρότερον ἀξιουμένην, γλεγομένος ὑπὸ τοῦ πάθους τὴν ἰταμιότεραν ἔγνω βαδίζειν ὁδόν. μεταπεμψάμενος δὲ τινὰ τῶν ἐαυτοῦ πελατῶν, Μάρκον Κλαύδιον, ἄνδρα τολμηρὸν καὶ πρὸς πᾶσαν ὑπηρεσίαν ἔτοιμον, τὸ τε πάθος αὐτῷ διηγείται καὶ διδάξας, ὅσα ποιεῖν αὐτὸν ἐβούλετο καὶ λέγειν, ἀποστέλλει συγχρὺς τῶν ἀναιδεσιμάτων ἐπαγόμενον.

XLIV. Sequitur aliud in urbe nefas, ad libidine ortum haud minus foedo eventu, quam quod per stuprum caedemque Lucretiae urbe regnoque Tarquinius expulerat, ut non finis solum idem decemviris, qui regibus, sed causa etiam eadem imperii amittendi

esset. Ap. Claudium virginis plebeiae stuprandae libido cepit. pater virginis L. Verginius honestum ordinem in Algido ducebat, vir exempli recti domi militiaeque. perinde uxor instituta fuerat liberique instituebantur. desponderat filiam L. Icilio tribunicio, viro acri et pro causa plebis expertae virtutis. hanc virginem adultam, forma excellentem Appius amore ardens pretio ac spe perlicere adortus postquam omnia pudore saepta animadverterat, ad crudelem superbamque vim animum convertit. M. Claudio clienti negotium dedit, ut virginem in servitutum adsereret, neque cederet secundum libertatem postulantibus vindicias, quod pater puellae abesset locum iniuriae esse ratus.

honestum ordinem. Als Kuriosum will ich hier nachtragen, daß Klinke, Diodorus Siculus und die römische Annalistik 1881 p. 32 den Umstand, daß das Opfer des Beamten bei Diodor eine Patrizierin ist, als einen Irrtum betrachtet, den Diodor durch falsche Auffassung und Übersetzung des *honestum ordinem* ducebat oder eines ähnlichen Ausdruckes in seiner Quelle beging! Derselbe Schriftsteller findet „mehrere Anklänge“ in dem Beginn des Diodorischen und des Livianischen Berichts; freilich ohne mitzuteilen, worin diese Anklänge bestehen (p. 30). Über seine Erklärung der Livianischen Schlusfwendung am Ende des Berichts siehe unten.

Diese Tiefe wissenschaftlicher Einsicht steht im natürlichen Verhältnis zu dem unqualifizierbaren Ton, den der Verfasser in seiner Polemik zumal gegen den Führer der römischen Geschichtsforschung anzuschlagen beliebt.

negotium dedit etc. Appius erteilt seine Anweisung für beide Eventualitäten, die in Frage kommen können. Primär, d. h. wenn es angeht, soll der Klient sich des Mädchens mittelst Handstreichs bemächtigen, das gerichtliche Verfahren also vermeiden. Einen solchen Handstreich, mittelst physischer Handanlegung (*manus iniectio*), die also dann keinerlei juristische Bedeutung hat, beschreibt Servius zu Verg. X, 419: *manus iniectio dicitur, quotiens nulla iudicis auctoritate expectata rem nobis debitam vindicamus*. Ein solches Verfahren ist z. B. dem entflohenen und wieder eingefangenen Sklaven gegenüber am Platz. Livius bezeichnet dasselbe hier irrtümlich mit den Worten in *servitutum* assereret, indem er diese Wendung rein wörtlich nahm, (er solle das Mädchen für die Sklaverei in Anspruch nehmen). Allein *assertio* in *servitutum* ist gerade der technische Name für die gerichtliche Prozedur, welche darauf abzielt, einen bisher Freien zum Sklaven und zwar zum Eigentum des assertor in *servitutum* erklären zu lassen. — Auf diesen Plan zielt die Eskorte, mit der Claudius sich bei Dionysius umgeben soll. Er scheitert an der widerstrebenden Haltung der Menge, die bei Livius und Dionysius, wenn auch mit verschiedener Ausführlichkeit, erwähnt wird, cf. p. 172.

Auf die andere Eventualität, daß die Situation zur Beschreitung des Rechtsweges zwingt, weisen die folgenden Worte hin: *neque — vindicias*. Er solle dann *vindiciae sec. servitutum*, d. h. den vorläufigen Besitz bis zur Definitivsentenz verlangen. Um dies nach dem Prinzip der XII Tafeln mit Aussicht auf Erfolg zu können, mußte er mit der Erklärung auftreten, daß

der vorliegende Prozefs eine vindicatio in libertatem, nicht in servitutum, also die augenblickliche Freiheit der Verginia dolos sei. In diesem Fall durfte Appius, wenn er diese Behauptung acceptierte, die Vindizien Claudius erteilen (cf. p. 33ff., 48ff.).

Dieses Verfahren setzt aber jedenfalls die Anwesenheit des Vaters voraus, ohne welchen der Prozefs nicht beginnen kann. So hat denn auch die alte und gute Tradition bei Diodor Verginius von Anfang an zugegen sein lassen und die Vindizienerteilung in der angedeuteten und unten noch näher zu erklärenden Weise motiviert. Mit dieser Tradition stimmen die Worte neque — vindicias sachlich überein, natürlich ohne dafs an eine andere Entlehnung als durch die vierte oder fünfte Hand gedacht werden könnte.

Die folgenden Worte quod — ratus zeigen dagegen deutlich den Einflufs der jüngsten Tradition, die den Ausgang des Prozesses mit der juristisch unmöglichen Abwesenheit des Vaters motivierte. Sie konnte die richtige Motivierung nicht mehr verstehn, weil sie in einer Zeit entstand, wo die Möglichkeit, im Freiheitsprozefs vindiciae secundum servitutum zu geben nicht mehr bestand. In der Zeit der mittleren Republik hatte das Zwölftafelrecht durch allmähliche und zuletzt konstante Praxis diese Abänderung erfahren. Wir dürfen annehmen, dafs die Tradition des Verginiasalles diese Umwandlung mit verursacht hat: schon die ältere und mittlere Annalistik wird ihn zu dem Zweck, die Gefährlichkeit von vindiciae secundum libertatem zu zeigen, entweder erfunden oder doch benutzt haben.

Mit glücklichem Takt spricht Luterbacher (Liv. Buch III. ed. L. 1885) zu dieser Stelle, obwohl auch er in dem allgemeinen Irrtum über das Vindiziengesetz der XII Tafeln befangen war, von dem Verlangen einer Vorentscheidung zu seinen Gunsten seitens des Klienten, kommt also sachlich dem Richtigen nahe, wenn er auch mit Unrecht die Verwandten der Verginia als Prozefspartei denkt.

ὁ δὲ παραγενόμενος ἐπὶ τὸ διδασκαλεῖον, ἐπιλαμβάνεται τῆς παρθένου καὶ φανερώς ἄγειν ἐβούλετο δι' ἀγορᾶς. κραυγῆς δὲ γενομένης καὶ πολλοῦ συνδραμόντος ὄχλου, κωλύμενος ὅποι προηρῆτο τὴν κόρην ἄγειν ἐπὶ τὴν ἀρχὴν παραγίγνεται. ἐκάθητο δ' ἐπὶ τοῦ βήματος τηνικαῦτα μόνος Ἀππίος, χρηματίζων τε καὶ δικάζων τοῖς δεομένοις.

βουλομένου τ' αὐτοῦ λέγειν κραυγὴ τε καὶ ἀγανάκτησις ἦν ἐκ τοῦ περιεσιῶτος ὄχλου, πάντων ἀξιούντων περιμένειν, ἕως ἂν ἔλθωσιν οἱ συγγενεῖς τῆς κόρης. καὶ ὁ Ἀππίος οὕτως ἐκέλευσε ποιεῖν. ὡς δὲ ὀλίγος ὁ μεταξὺ χρόνος ἐγεγόνει, καὶ παρῆν ὁ πρὸς μητρὸς θεῖος τῆς παρθένου, Πόπλιος Νομιόρος, φίλους τε πολλοὺς ἐπαγόμενος καὶ συγγενεῖς, ἀνὴρ ἐκ τῶν δημοτικῶν ἐμφανής, καὶ μετ' οὐ πολὺ Λεύκιος, ὁ παρὰ τοῦ πατρὸς ἐγγενημένος τὴν κόρην, χεῖρα περὶ αὐτὸν ἔχων νέων δημοτικῶν καρτεράν. ὡς δὲ τῷ βήματι προσῆλθεν ἀσθμαίνων ἔτι καὶ μετέωρος τὸ πνεῦμα, λέγειν ἤξιον, τίς ἐστιν ὁ τολμήσας ἄψασθαι παιδὸς ἀστῆς καὶ τί βουλόμενος.

virgini venienti in forum — ibi namque in tabernis litterarum ludi erant — minister decemviri libidinis manum iniecit serva sua natam servamque appellans, sequique se iubebat: cunctantem vi abstracturum. pavida puella stupente, ad clamorem nutricis fidem Quiritium inplorantis fit concursus. Vergini patris sponsique Icili populare nomen celebrabatur. notos gratia eorum, turbam indignitas rei virgini conciliat. iam a vi tuta erat, cum adsertor nihil opus esse multitudine concitata ait: se iure grassari, non vi. vocat puellam in ius. auctoribus, qui aderant, ut sequeretur, ad tribunal Appi perventum est.

manum iniecit. Er versuchte die erste ihm gegebene Direktive zu befolgen und das Mädchen ohne Umschweife in seine Gewalt zu bringen. Der Anschlag mißlingt. Es entsteht ein Volksauflauf: die Popularität der in die Katastrophe verwickelten Personen und die bereits vorhandene Mißstimmung gegen die Regierenden zwangen den Klienten zur Einhaltung des Rechtsweges.

vocat puellam in ius. In ius voziert man seinen Prozeßgegner, welcher hier der Vater der Verginia sein mußte. Diese selbst würde als filia familias in manu schon an und für sich nicht Prozeßpartei sein können, in diesem Falle aber, selbst wenn sie persona sui iuris wäre, deshalb nicht, weil ihre Freiheit, die notwendige Voraussetzung der juristischen Handlungsfähigkeit eben bestritten war: Dies ist der Grund, weshalb römisch-rechtlich im Freiheitsprozeß niemand sich selbst verteidigen darf, sondern des assessor in libertatem bedarf, welcher bei Gewaltuntergebenen aber der Gewalthaber ist. Livius oder seine Quelle hat die streng technische Bedeutung von in ius vocare nicht gekannt und offenbar bloß sagen wollen, der Klient habe sich zur Beschreitung des Rechtsweges bereit erklärt und Verginia aufgefordert ihm zu folgen.

Dafs im Folgenden bei Livius namenlose advocati und erst später die Verwandten, bei Dionysius diese letzteren von vorne herein die Verhandlungen führen, ist eine Differenz, aber keine erhebliche. Juristisch unmöglich ist das eine so gut wie das andere: da der allein gegebene Kontravindikant der Vater ist, so kann Appius den Prozeß in dessen Abwesenheit gar nicht annehmen; derselbe kann vielmehr erst mit der in ius vocatio des Verginius beginnen. Die jüngere Annalistik ignorierte das, weil sie auf Verginius' anfängliche Abwesenheit einen Versuch zur Motivierung des Dekrets baute: an die Stelle des abwesend gedachten Vaters setzte Dionysius die Verwandten, Livius erst Fremde, dann die Verwandten. Es liegt keine zwingende Veranlassung vor, aus dieser Differenz auf eine Verschiedenheit der Vorlage zu schließen. Eine von den zahlreichen Quellschichten, die wir vor der Livianisch-Dionysischen Quelle zu unterscheiden haben, berichtete, daß der Prozeß in Abwesenheit des Vaters begann. Darauf hin liefs ein späterer Autor namenlose advocati die ersten Verhandlungen für Verginia führen, ein anderer die Verwandten. Die Quelle, welche Livius und Dionysius hatten, konnte schon beides kombiniert haben, unsere Autoren entnahmen

daraus, was ihnen wahrscheinlicher oder effektvoller schien. Livius ging von einer Anschauung des Falls, wie er sich in Wirklichkeit zugetragen haben konnte, aus und mußte sich sagen, daß aller Wahrscheinlichkeit nach im ersten Augenblick bei einem solchen Überfall die Verwandten nicht zur Stelle gewesen sein werden. Dionysius oder dessen Quelle, hat um einem solchen Einwand gegen die Natürlichkeit der Erzählung zu begegnen, das Verlangen der Volksmenge eingeschoben, nach welchem Claudius mit seinen Angaben bis zur Ankunft der Verwandten warten soll. Diesem Verlangen kann übrigens von dem Autor, der es fingierte, noch ein triftiges juristisches Motiv zu Grunde gelegt sein: Wenn der Klient sich den Anschein gab, Verginia als seine zweifellose und faktische (nicht bloß rechtliche) Sklavin reklamieren zu wollen, so konnte Appius kraft magistratischer Kognition auf Grund der behaupteten Notorietät von Verginias status und weil kein Kontravindikant zur Stelle war, das Mädchen kurzer Hand dem sich als dominus gerierenden Klienten überlassen.

XXIX. Σιωπῆς δὲ γενομένης Μάρκος Κλαύδιος, ὁ τῆς παιδὸς ἐπιλαβόμενος, τοιοῦτον διεξῆλθε λόγον· οὐδὲν οὔτε προπετεὺς οὔτε βίαιον πέπρακταί μοι περὶ τὴν κόρην, Ἀππιε Κλαύδιε· κύριος δ' αὐτὸς ὢν κατὰ τοὺς νόμους ἄγω. ὃν δὲ τρόπον ἐσὶν ἐμῇ, μάθε. ἔστι μοι θεράπεινα πατρική, πολλοὺς πάνν δουλεύονσα χρόνους. ταύτην κύουσαν ἢ Οὐεργινίον γυνὴ συνήθη καὶ εἰσοδίαν οὔσαν ἔπεισεν, ἐὰν τέκῃ, δοῦναι τὸ παιδίον αὐτῇ. κακείνη φυλάττουσα τὰς ὑποσχέσεις, γενομένης αὐτῇ ταύτης θνηγατρός, πρὸς μὲν ἡμᾶς ἐσκήψατο νεκρὸν τεκεῖν, τῇ δὲ Νομιτωρίᾳ δίδωσι τὸ παιδίον· ἡ δὲ λαβοῦσα ὑποβάλλεται καὶ τρέφει, παίδων οὐτ' ἄρρεων οὔτε θηλειῶν οὔσα μήτηρ. νῦν δὲ διὰ μηνύσεως ἐπιγνοὺς καὶ μάρτυρας ἔχων πολλοὺς καὶ ἀγαθοὺς καὶ τὴν θεράπειναν ἐξητακῶς ἐπὶ τὸν κοινὸν ἀπάντων καταφεύγω νόμον, ὃς οὐ τῶν ὑποβαλλομένων, ἀλλὰ τῶν μητέρων εἶναι τὰ ἔκγονα δικαιοῦ, ἐλευθέρων μὲν οὐσῶν ἐλεύθερα, δούλων δὲ δοῦλα, τοὺς αὐτοὺς ἔχοντα κυρίους, οἷς ἂν καὶ αἱ μητέρες αὐτῶν ἔχωσι. κατὰ τοῦτον τὸν νόμον ἀξιῶ τὴν θνηγατέρα τῆς ἐμῆς θεραπαίνης ἄγειν, καὶ δίκας ὑπέχειν βουλούμενος· ἐὰν ἀντιποιῇται τις, ἐγγυητὰς καταστήσαι ἀξιόχρεως, ἄξιον αὐτὴν ἐπὶ τὴν δίκην. εἰ δὲ ταχέϊαν βουλευταί τις γενέσθαι διάγνωσιν, εἰσιμος ἐπὶ σου λέγειν τὴν δίκην αὐτίκα μάλα καὶ μὴ διεγγνᾶν τὸ σῶμα μηδ' ἀναβολὰς τῷ πράγματι προσάγειν· ὅποτέραν ἂν οὗτοι βουλευθῶσι τῶν αἰρέσεων, ἐλέσθωσαν.

XXX. Τοιαῦτ' εἰπόντος Κλαυδίου καὶ πολλὴν προσθέντος δέησιν ὑπὲρ τοῦ μηδὲν ἐλαττωθῆναι τῶν ἀντιδίκων, ὅτι πελάτης ἦν καὶ ταπεινός, παραλαβὼν τὸν λόγον ὁ τῆς κόρης θεῖος ὀλίγα καὶ αὐτὰ τὰ πρὸς τὸν ἄρχοντα εἰρησθαι προσήκοντα εἶπε· πατέρα

μὲν οὖν εἶναι τῆς κόρης λέγων Οὐδεργίνιον ἐκ τῶν δημοτικῶν, ὃν ἀποδημεῖν στρατευόμενον ὑπὲρ τῆς πόλεως, μητέρα δὲ γενέσθαι Νομιτωρίαν, τὴν ἀδελφὴν τὴν ἑαυτοῦ, σώφρονα καὶ ἀγαθὴν γυναῖκα, ἣν οὐ πολλοῖς πρότερον ἐνιαυτοῖς ἀποθανεῖν. τραφεῖσάν δὲ τὴν παρθένον, ὡς ἔλενθέρα καὶ ἀσιτῇ προσῆκεν, ἀρμολογεῖν κατὰ νόμον Ἰκίλιον, καὶ τέλος ἂν ἐσχηκέναι τὸν γάμον, εἰ μὴ θάτιον ὁ πρὸς Αἰκανοὺς συνέστη πόλεμος. ἐν δὲ τοῖς μεταξὺ χρόνοις οὐκ ἐλαττώων ἢ πεντεκαίδεκα διεληλυθότων ἔτι οὐδὲν τοιοῦτον ἐπιχειρήσαντα πρὸς αὐτοὺς εἶπεῖν Κλαύδιον, ἐπειδὴ δὲ γάμων ἢ παῖς ἔσχεν ὥραν καὶ διαφέρειν τὴν ὄψιν δοκεῖ, ἐρῶντα ἦκειν, ἀναίσχυντον συγκοάντημα πλάσαντα, οὐκ ἀπὸ τῆς ἑαυτοῦ γνώμης, ἀλλὰ κατεσκευασμένον ὑπ' ἀνδρὸς ἀπάσαις οἰομένου δεῖν ταῖς ἐπιθυμίαις ἐκ παντὸς τρόπου χαρίζεσθαι. τὴν μὲν οὖν δίκην αὐτὸν ἔφη τὸν πατέρα περὶ τῆς θυγατρὸς ἀπολογήσεσθαι, παραγενόμενον ἀπὸ τῆς σιραιτιάς· τὴν δὲ τοῦ σώματος ἀντιποιήσιν, ἣν ἔδει γενέσθαι κατὰ τοὺς νόμους, αὐτὸς ποιεῖσθαι, θεῖος ὢν τῆς κόρης καὶ τὰ δίκαια ὑπέχειν, οὐδὲν ἀξιώων οὔτε ὁ μὴ καὶ τοῖς ἄλλοις ἀποδέδοται Ῥωμαίοις δίκαιον, εἰ μὴ καὶ πᾶσιν ἀνθρώποις, σώματος εἰς δουλείαν ἔξ ἑλευθερίας ἀγομένου μὴ τὸν ἀφαιρούμενον τὴν ἑλευθερίαν ἀλλὰ τὸν φυλάττοντα κύριον εἶναι μέχρι δίκης. ἔφη τε διὰ πολλὰς αἰτίας προσήκειν τῷ Ἀππίῳ φυλάττειν τοῦτο τὸ δίκαιον· πρῶτον μὲν, ὅτι τὸν νόμον τοῦτον ἅμα τοῖς ἄλλοις ἐν ταῖς δώδεκα δέλτοις ἀνέγραψεν· ἔπειθ' ὅτι τῆς δεκαρχίας ἡγεμὼν· πρὸς δὲ τοῦτοις, ὅτι μετὰ τῆς ὑπατικῆς ἐξουσίας καὶ τὴν δημοκρατίαν προσεληφεί, ἥς εἶναι κράτιστον ἔργον τοῖς ἀσθενέσι καὶ ἐρήμοις τῶν πολιτῶν βοηθεῖν. ἡξίου τε τὴν καταπεφευγῆσαν ἐπ' αὐτὸν ἐλεῆσαι παρθένον, μηρὸς μὲν ὀρφανὴν οὔσαν ἔτι πάλοι, πατρὸς δ' ἔρημον ἐν τῷ τότε χρόνῳ, κινδυνεύουσαν οὐ χρημάτων ἀποστειρωθῆναι προγονικῶν ἀλλὰ καὶ ἀνδρὸς καὶ πατρίδος καὶ ὁ πάντων μέγιστον εἶναι δοκεῖ τῶν ἀνθρωπίνων ἀγαθῶν τῆς τοῦ σώματος ἑλευθερίας. ἀνακλαυσάμενος δὲ τὴν ἴβριν, εἰς ἣν ἔμελλεν ἢ παῖς παραδοθῆσεσθαι καὶ πολὺν ἐκ τῶν παρόντων κινήσας ἔλεον περὶ τοῦ χρόνου τῆς δίκης ἔφη τελευτῶν· ἐπειδὴ ταχέως αὐτῆς βοίεται γενέσθαι τῆς κρίσειν ὁ Κλαύδιος, ὁ μὴδὲν ἡδικῆσθαι φανερὸς ἐν τοῖς πεντεκαίδεκα ἔτεσιν, ἕτερος μὲν ἂν τις ὑπὲρ τηλικούτων ἀγωνιζόμενος δεῖν ἀσχεῖν ἔλεξε καὶ ἡγανάκτει κατὰ τὸ εἶκος, ὅταν εἰρήνῃ γένηται καὶ πάντες ἔλθωσιν οἱ νῦν ὄντες ἐπὶ στρατοπέδου τότε τὴν δίκην ἀξιώων ἀπολογεῖσθαι ὅτε καὶ μαρτύρων εὐπορία καὶ φίλων καὶ δικαστῶν ἀμφοτέροις ἔσται τοῖς δικαζομένοις, πολιτικά

καὶ μέτρια πράγματα προσφέρων καὶ τῇ Ῥωμαίων συνήθει πολιτείᾳ·
 ἡμεῖς δ', ἔφη, λόγων οὐδὲν δεόμεθα οὐτ' εἰρήνης οὐτ' ὄχλων φίλων
 καὶ δικαστῶν οὐτ' εἰς τοῖς δικασίμοις χρόνους τὸ πρᾶγμα ἀνα-
 βαλλόμεθα, ἀλλὰ καὶ ἐν πολέμῳ καὶ ἐν σπᾶναι φίλων καὶ οὐκ ἐν
 ἴσοις δικασταῖς καὶ παραχρηῖμα ὑπομένομεν ἀπολογεῖσθαι, τοσοῦτον
 αἰτησάμενοι παρὰ σοῦ χρόνον, Ἄππιε, ὅσος ἱκανός ἐστι τῷ παιρὶ
 τῆς κόρης ἀπὸ στρατοπέδου παραγεννηθέντι τὰς ἰδίας ἀποδύρασθαι
 τύχας καὶ δι' ἐαυτοῦ τὴν δίκην ἀπολογήσασθαι.

notam iudici fabulam petitor, quippe apud ipsum auctorem
 argumenti, peragit: puellam domi suae natam furtoque inde in
 domum Vergini translatam suppositam ei esse; id se indicio con-
 pertum adferre probaturumque vel ipso Verginio iudice, ad quem
 maior pars iniuriae eius pertineat; interim dominum sequi ancillam
 aequum esse. advocati puellae, cum Virginius rei publicae causa
 dixissent abesse, biduo adfuturum, si nuntiatum ei sit; iniquum
 esse absentem de liberis dimicare, postulant, ut rem integram in
 patris adventum differat, lege ab ipso lata vindicias det secundum
 libertatem, neu patiatur virginem adultam famae prius quam liber-
 tatis periculum adire.

notam iudici etc. Die Fabel entspricht der Dionysischen, nur dafs
 bei letzterer Verginius als der Betrogene, bei Livius als Betrüger gedacht
 zu sein scheint: offenbar fehlte in der Vorlage darüber ein genauer Anhalt
 und blieb die Detailausmalung der Phantasie der auf uns gekommenen Histo-
 riker überlassen.

Über den Konflikt der Mythe mit den Prinzipien des Noxalrechts ist
 oben gesprochen worden (p. 52f.). In der älteren Annalistik mufs der Helfers-
 helfer eine ähnliche Anklage in jure und Verginius gegenüber vorgebracht
 und verlangt haben, dafs der Besitz der patria potestas durch Verginius
 für dolos, demnach das Verfahren für eine vindicatio in libertatem, nicht in
 servitute erklärt, d. h. Verginius als Kläger konstituiert werde. Geschah
 das, so konnte Appius die Vindizien secundum servitute geben.

Über vel ipso Verginio iudice vergl. p. 18f.

iniquum — dimicare. Nicht blofs unbillig, sondern civilprozessualisch
 unmöglich.

postulant etc. Dieses Begehren enthält einen unlösbaren Widerspruch
 in sich selbst: wenn der Prozess als res integra bis zur Ankunft des Vaters
 verschoben werden soll, wie das gesetzlich notwendig ist, so können jetzt
 nicht vindiciae secundum libertatem verlangt werden. Sobald es sich um
 die Vindizienerteilung handelt, ist das Verfahren in iure bereits an seinem
 Ende angelangt, während dieses Verfahren hier nicht blofs nicht begonnen
 hat — bis jetzt stehen wir bei unsolennen Vorverhandlungen — sondern
 nach dem korrekten Antrag der advocati vor Ankunft des Vaters auch nicht
 beginnen soll.

Auch hier hat also Livius den juristischen Kunstausdruck an der falschen Stelle angebracht: wahrscheinlich wollte er die *advocati* sagen lassen, es solle ihnen gegen das *vadimonium* in iure *sisti* d. h. die Bürgschaft für Gestellung des Streitobjekts in iure *Verginia* bis zur Ankunft des Vaters in Gewahrsam gegeben werden. Derselbe Widerspruch und dasselbe Mißverständnis findet sich an der entsprechenden Stelle bei Dionysius (sie ist durch den Druck kenntlich gemacht): auch hier verwechselt der Sprecher die Bürgschaft für die Gestellung des Streitobjekts in iure mit der Vornahme der Kontravindikation (die *ἐγγύησις* mit *ἀντιπολήσις*). Offenbar gehörte dieses Mißverständnis also bereits der gemeinsamen Quelle beider Autoren an. Im übrigen ist, was N. bei Dion. über das Vindiziengesetz aussagt, derart, daß die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, diese oder ähnliche Wendungen in der älteren Annalistik Verginius selbst in den Mund gelegt zu denken.

Ein Unterschied zwischen Livius und Dionysius scheint hier insofern vorzuliegen, als Numitorius sich bei letzterem in seiner Antwort auf den Thatbestand einläßt, was bei dem ersteren nicht der Fall ist. Indessen was hier angeblich zur Sache mitgeteilt wird, kennzeichnet sich in Ton und Inhalt ohne weiteres als Fabrikat des griechischen Redners. Auch in der Schlusssentenz erhalten wir bei Dionysius eine ausgeführte sachliche Verhandlung, in der der Vater dasjenige vorträgt, was hier Numitorius in den Mund gelegt ist. Es wäre immerhin möglich, daß die Vorlage einen Anhalt zu diesen Einschübelungen geboten hat, den Livius zu erwähnen unterließ, und in diesem Fall wäre auch hier eine doppelte Recension mit Anklängen an die Präjudicialverhandlung der alten Quelle zu statuieren. Allein das un-leugbar Natürliche ist, der ganze Unterschied dem griechischen Redner selbst zuzuschreiben, der nicht bei juristisch-technischen Formalien, sondern nur bei sachlichen Plaidoyers sein vermeintes Licht konnte leuchten lassen.

XXXI. Τοιαῦτα τοῦ Νομιτορίου λέξαντος καὶ τοῦ περιεσιγ-
κότος ὄχλον μεγάλη βοή διασημῆναντος ὡς δίκαια ἀξιοῖ, μικρὸν
ἐπισχὼν χρόνον Ἀππίος· ἐγὼ μὲν τὸν νόμον, εἶπεν, οὐκ ἀγνοῶ
τὸν ὑπὲρ τῆς ἐγγυήσεως τῶν εἰς δουλείαν ἀγομένων κείμενον, ὅς
οὐκ ἔῃ παρὰ τοῖς ἀγαιρουμένοις εἶναι τὸ σῶμα μέχρι δίκης, οἷδὲ
καταλύσαμεν ἂν, ὃν αὐτὸς ἔγραψα ἐκὼν· ἐκεῖνο μέντοι δίκαιον ἡγοῦ-
μαι, ὅσοις ὄντων τῶν ἀντιποιοιμένων, κύριον καὶ πατήρ, εἰ μὲν
ἀμφοτέροι παρήσαν, τὸν πατέρα κρατεῖν τοῦ σώματος μέχρι δίκης.
ἐπεὶ δ' ἐκεῖνος ἄπεσι, τὸν κύριον ἀπαγαγεῖν ἐγγυητὰς ἀξιοχρεῶς
δόντα καταστήσειν ἐπὶ τὴν ἀρχήν, ὅταν ὁ πατήρ αὐτῆς παραγένηται.
περὶ δὲ τῶν ἐγγυητῶν καὶ τοῦ τιμήματος καὶ τοῦ μηδὲν ἡμᾶς ἐλατ-
τωθῆναι περὶ τὴν δίκην πολλὴν ποιήσομαι πρόνοιαν, ὡς Νομιτῶριε.
νῦν δὲ παραδος τὴν κόρην.

XLV. Appius decreto praefatus, quam libertati faverit, eam ipsam legem declarare, quam Vergini amici postulationi suae prae-
tendant; ceterum ita in ea firmum libertati fore praesidium, si

nec causis nec personis variet: in iis enim, qui adserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id iuris esse; in ea, quae in patris manu sit, neminem esse alium, cui dominus possessione cedat: placere itaque patrem arcessiri; interea iuris sui iacturam adsertorem non facere, quin ducat puellam sistendamque in adventum eius, qui pater dicatur, promittat.

Das Dekret ist in dieser Form juristisch unmöglich. Allerdings kann außer dem Vater niemand als Kontravindikant zugelassen werden. Stellvertretung ist im Legisaktionsprozefs prinzipiell unstatthaft und nur in drei Fällen ausnahmsweise gestattet nach Inst. IV, 10: cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate (natürlich eiusdem alterius), pro tutela. Hier könnte nur der mittlere Fall in Betracht kommen; allein wer hier als Prozeßgegner des Claudius aufträte, würde nicht Stellvertreter der Verginia sein, die nicht Prozeßpartei, sondern Prozeßobjekt ist, sondern des Verginius, würde sich also nicht mit der Legitimation decken können, welche in dem Grundsatz der citierten Institutionenstelle enthalten ist, denn Verginius' Freiheit steht nicht auf dem Spiele¹⁾. Demnach hat also Appius das Recht und die Pflicht, jeden Dritten, seien es namenlose *advocati* oder Numitorius oder Icilius, als Kontravindikanten abzulehnen. Allein daraus folgt nicht im Entferntesten, daß Verginia nun bis zur Ankunft des Vaters in Claudius Hände gegeben werden darf. Selbstverständlich muß die Einleitung des Prozesses in Abwesenheit des Vaters abgelehnt und das Mädchen inzwischen etwa gegen ein *vadimonium* in iure sisti ihren Verwandten überlassen werden.

Appius trifft die entgegengesetzte Entscheidung. Schon oben wurde ausgeführt, wie aus den Worten „qui asserantur in libertatem“ hervorgeht, daß er das Verfahren als *vindicatio in libertatem* d. h. Claudius als Beklagten, Verginius als eventuellen Kläger auffaßt, offenbar weil er dessen Besitz der *patria potestas* über Verginia auf den diesbezüglichen Antrag des Klienten für *dolos* erklärt hat. Ein Residuum dieser Auffassung liegt, von Livius zweifellos nicht erkannt, in der von ihm vorgenommenen Entscheidung über den vorläufigen Besitz der Verginia, die nur als ein Ausfluß seiner Präjudizialentscheidung über die Parteirollen zu erklären ist.

Völlig übereinstimmend ist der entsprechende Bericht bei Dionysius.

ἐγγυήσεως. Gemeint ist natürlich nicht die Verbürgung für rechtzeitige Stellung im Termin (*vadimonium* in iure sisti), sondern es ist an die *praedes litis et vindiciarum* nach erfolgter Vindizienregulierung zu denken. Dagegen

¹⁾ Irrtümlich läßt Luterbacher zu dieser Stelle Appius sagen: „Da diese“ (nämlich gewaltfreie Personen) „keinen gesetzlich bestimmten Vertreter hätten, so sei jeder Bürger befugt, für sie vor dem Magistrat einen Rechtshandel zu führen.“ Eine solche allgemeine Stellvertretung ist vielmehr im Legisaktionsprozefs durchaus verboten; daß sie pro libertate eines Gewaltfreien gestattet wurde, war eine absolut notwendige Durchbrechung dieses Verbots. Denn da jemand, dessen Freiheit bestritten wurde, gegen diesen Angriff sich nicht selbst verteidigen konnte, so wäre er ohnedies schutzlos gewesen. Für den *homo alieni iuris* trifft das natürlich nicht zu.

im folgenden *ἐγγυητὰς-δόντα* und *περὶ-τιμήματος* ist dieses *vadimonium* gemeint. Der Beamte lehnt die Anwendung seines Vindizienparagraphen, d. h. die Vornahme der Vindikation ab und erläßt nur eine Präjudizialentscheidung, all' dies dem Livianischen Bericht völlig analog.

Τοῦτο τὸ τέλος ἐξενέγκαντος Ἀππίου, πολὺς μὲν ὁδορμὸς ὑπὸ τῆς παρθένου καὶ τῶν περὶ αὐτὴν γυναικῶν ἐγένετο καὶ κοπετός, πολλὴ δὲ κραυγὴ καὶ ἀγανάκτησις ἐκ τοῦ περιεστηκότος ὄχλου τὸ βῆμα. ὁ δὲ μέλλων ἄγεσθαι τὴν κόρην Ἰκίλιος ἐμφύεται τε αὐτῆς καὶ φησιν· οὐκ ἐμοῦγε ζῶντος, Ἀππιε, ταύτην ἀπάξεται τις. ἀλλ' εἴ σοι δέδοκται, τὸν μὲν νόμον καταλύειν, τὰ δὲ δίκαια συγχέειν καὶ τὴν ἑλευθερίαν ἡμῶν ἀφαιρεῖσθαι μηκέτι τὴν ὀνειδιζομένην ἡμῖν ἄρνού τυραννίδα, ἀλλὰ τὸν ἐμὸν ἀποκόψαι τράχηλον ταύτην τε ἀπαγαγεῖν, ὅπον σοι δοκεῖ, καὶ τὰς ἄλλας παρθένους καὶ γυναῖκας. ἵνα δὴ μάθωσιν ἤδη ποτὲ Ῥωμαῖοι δοῦλοι γεγονότες ἀντ' ἑλευθέρων καὶ μηδὲν εἶ μεῖζον φρονῶσι τῆς τύχης· τί οὖν εἶ μέλλεις, ἀλλ' οὐ τοῦμόν ἐκχέεις αἷμα πρὸ τοῦ βήματος ἐν τοῖς ἀπάντων ὀφθαλμοῖς; ἴσθι μέντοι σαφῶς, ὅτι ἡ μεγάλων κακῶν ἄρξει Ῥωμαίοις ὁ θάνατος οὐμὸς ἢ μεγάλην ἀγαθῶν.

adversus iniuriam decreti cum multi magis fremerent quam quisquam unus recusare auderet, P. Numitorius puellae avus et sponsus Icilius interveniunt. dataque inter turbam via, cum multitudo Icili maxime interventu resisti posse Appio crederet, lictor decresse ait, vociferantempue Icilium submovet. placidum quoque ingenium tam atrox iniuria accendisset: „ferro hinc tibi submovendus sum, Appi“ inquit, „ut tacitum feras quod celari vis. virginem ego hanc sum ducturus nuptamque pudicam habiturus. proinde omnes collegarum quoque lictores convoca, expediri virgas et secures iube: non manebit extra domum patris sponsa Icili. non, si tribunicium auxilium et provocationem plebi Romanae, duas arces libertatis tuendae, ademistis, ideo in liberos quoque nostros coniugesque regnum vestrae libidini datum est. saevite in tergum et in cervices nostras: pudicitia saltem in tuto sit. huic si vis adferetur, ego praesentium Quiritium pro sponsa, Verginius militum pro unica filia, omnes deorum hominumque inplorabimus fidem, neque tu istud umquam decretum sine caede nostra referes. postulo, Appi, etiam atque etiam consideres, quo progrediare. Verginius viderit de filia, ubi venerit, quid agat: hoc tantum sciat, sibi, si huius vindiciis cesserit, condicionem filiae quaerendam esse. me vindicantem sponsam in libertatem vita citius deseret quam fides.“

iniuriam decreti. Die Natur dieses Dekretes ist in dem Vorhergehenden beleuchtet worden. Vollkommen zutreffend sieht Luterbacher zu dieser Stelle das faktische Resultat des Dekrets darin, daß „dem Vater die Stellung des Klägers zugewiesen“ wird.

P. Numitorius — interveniunt. Bei Dionysius führen beide von Anfang an den Widerstand gegen Appius. Über die Gründe und Konsequenzen dieser Erscheinung ist oben gesprochen worden. Zweifellos hat hier die eine von den Quellenschichten eingesetzt, die in der Livianischen Vorlage kontaminiert sind. Es ist nicht unmöglich, daß die Nähte nicht bloß bei Livius, wo dieses sogleich nachzuweisen sein wird, sondern auch bei Dionys. noch erkennbar sind. Denn bei letzterem wird Icilius an dieser Stelle der Verhandlungen gleichsam von neuem als *μὲλλον ἄγεσθαι τὴν κόρην* eingeführt, ohne Rücksicht auf cap. 28 init., wo er dem Leser bereits vorgestellt war. Doch wäre der Einwand nicht ganz von der Hand zu weisen, daß jene Wendung bei Dion. durch dessen Rücksichtnahme auf den rhetorischen Effekt hinreichend erklärt werden kann.

Jedenfalls liegen aber die Spuren dieser ehemaligen Kontamination in dem Livianischen Bericht deutlich zu Tage. Mit Recht bemerkt Weissenborn zu den Worten *neque — referes*, daß Icilius das frühere Dekret hiernach als nicht vorhanden betrachtet. Ganz natürlich, es ist dies ein Residuum einer Tradition, die den Prozeß hier beginnen liefs. Sie hatte ein gutes Recht, die Vorgänge nicht zu kennen, die eine andere Quelle vorher spielen liefs, zumal die größere juristische Korrektheit (darüber vergl. das Folgende) diese Schicht als die ältere erweist. Daß aber, gegenüber der Schlufskatastrophe beide hier unterschiedene Schichten, sowohl die an die *advocati* wie die an die Verwandten anknüpfende, Interpolationen sind, welche, wenn auch unter sich verschieden, beide der jüngeren Annalistik angehören, wird, soweit es sich nicht aus Cap. II dieser Untersuchung ergibt, im einzelnen zu cap. 46 zu erweisen sein.

Si huius vindictis cesserit. Offenbar will Icilius korrekter Weise den Prozeß bis zur Ankunft des Vaters verschoben wissen. Dies ergibt sich aus dem Umstande, daß er nicht sich, sondern den Vater als Gegner in dem etwaigen Streit um die Vindizien voraussetzt. (So auch W.) Icilius vermeidet also den Fehler und die Konfusion in dem Verlangen der *advocati*: hierin liegt der Beweis für die bessere Qualität dieser Quellen. Allein er mußte eine Zurücknahme der in Appius erstem Dekret liegenden Präjudizialentscheidung über den thatsächlichen status der Verginia verlangen. In den Worten *neque — referes* liegt das, wie bemerkt, nicht, vielmehr wirkte der Umstand, daß eine der von Livius Vorlage kontaminierten Quellenschichten den Beginn des Prozesses an diese Stelle setzte, so weit nach, daß Icilius bei Livius nicht gegen eine bereits begangene, sondern gegen eine zu befürchtende Vergewaltigung protestiert.

me vindicantem etc. ist untechnisch in übertragenem Sinne zu nehmen: ich werde bis zum letzten Atemzuge die Freiheit meiner Braut verteidigen.

XXXII. Ἐτι δ' αὐτοῦ βουλομένου λέγειν, οἱ μὲν ῥαβδοῦχοι κελευσθέντες ὑπὸ τῆς ἐξουσίας ἀνείργον αὐτοὺς ἀπὸ τοῦ βήματος

καὶ πειθαρχεῖν τοῖς κεκριμένοις ἐκέλευον· ὁ δὲ Κλαύδιος ἐπιλαβόμενος τῆς παιδὸς ἀπάγειν ἐβούλετο τοῦ Θείου καὶ τοῦ μνηστήρος ἀντεχομένην. ἰδόντες δὲ πένθος ἐλλεινὸν οἱ περὶ τὸ βῆμα πάντες ἀνέκραγον ἅμα καὶ παρ' οὐδὲν ἡγησάμενοι τὴν τοῦ κρατοῦντος ἐξουσίαν, ὠθοῦνται τοῖς βιαζομένοις ὁμόσε. ὥστε δέξαντα τὴν ἐπιφορὰν αὐτῶν τὸν Κλαύδιον τὴν τε κόρην ἀφεῖναι καὶ ὑπὸ τοῦς πόδας τοῦ στρατηγοῦ καταφυγεῖν. ὁ δ' Ἀππίος κατ' ἀρχὰς μὲν εἰς πολλὴν ταραχὴν κατέστη, ἡγριωμένους ἅπαντας ὁρῶν, καὶ πολλὴν ἠπόρει χρόνον ὅτι χρῆ ποιεῖν· ἔπειτα τὸν Κλαύδιον καλέσας ἐπὶ τὸ βῆμα καὶ μικρὰ διαλεχθεὶς πρὸς αὐτὸν ὡς ἐδόκει, τοῖς τε περιεστώσι διασημῆνας ἡσυχίαν παρασχεῖν, λέγει τοιάδε· Ἐγὼ τὸ μὲν ἀκριβὲς, ὡς δημόται, περὶ τῆς διεγγυήσεως τοῦ σώματος, ἐπειδὴ τραχυνόμενους ὑμᾶς πρὸς τὴν ἀπόφασιν ὁρῶ, παρίημι· χαρίζεσθαι δ' ὑμῖν βουλόμενος πέπεικα τὸν ἐμαντοῦ πελάτην εἶσαι μὲν τοῖς συγγενέσι τῆς παρθένου δοῦναι διεγγύησιν, ἕως ὁ πατὴρ αὐτῆς παραγένηται. ἀπάγεσθε οὖν, ὦ Νομιτώριε, τὴν κόρην καὶ τὴν ἐγγύην ὁμολογεῖτε περὶ αὐτῆς εἰς τὴν αἴριον ἡμέραν. ἀπόχρη γὰρ ὑμῖν ὁ χρόνος οὗτος ἀπαγγεῖλαι τε Οὐεργινίῳ τήμερον, καὶ τριῶν ἢ τεττάρων ὥρων αἴριον ἐκ τοῦ χάρακος δεῦρο ἀγαγεῖν.

πλείονα δ' αὐτῶν χρόνον αἰτουμένων οὐδὲν ἔτι ἀποκρινάμενος ἀνέστη καὶ τὸν δίερον ἐκέλευσεν ἄραι.

XLVI. Concitata multitudo erat certamenque instare videbatur. lictores Icilium circumsteterant. nec ultra minas tamen processum est, cum Appius non Verginiam defendi ab Icilio, sed inquietum hominem et tribunatum etiam nunc spirantem locum seditionis quaerere diceret. non praebiturum se illi eo die materiam; sed ut iam sciret, non id petulantiae suae sed Verginio absenti et patrio nomini et libertati datum, ius eo die se non dicturum neque decretum interpositurum; a M. Claudio petiturum, ut decederet iure suo vindicarique puellam in posterum diem pateretur, quod nisi pater postero die adfuisset, denuntiare se Icilio similibusque Icili neque legi suae latorem neque decemviro constantiam defore; nec se utique collegarum lictores convocaturum ad coercendos seditionis auctores, contentum se suis lictoribus fore.

Appius giebt jetzt nach, und der Stand der Dinge ist derselbe wie vor Beginn der Verhandlungen. Seine Ausdrücke zeigen deutlich, daß bisher überhaupt noch keine juristische Handlung vorgenommen ist: ius eo die — interpositurum. Schon oben wurde darauf hingewiesen, daß *Icilius'* Widerstand sich nicht auf ein zu erwartendes, sondern auf ein bereits erlassenes Dekret beziehen mußte. Ganz dasselbe ergab sich unmittelbar aus den

Worten von Icilius neque — referes. So konnten Icilius und Appius nur in einer Quelle sprechen, die den ganzen Prozefsbericht erst bei Livius 45,4 begann. Eine Spur derselben Quelle lag auch, wie wir sehen, bei Dionysius an der Stelle (in. c. XXXI) vor, welche der eben citierten bei Livius entspricht.

Man kann hier bis zu einem gewissen Grade das allmähliche Anwachsen der Überlieferung erkennen und motivieren. In Wirklichkeit ist der Stand der Dinge jetzt derselbe, wie beim Beginn des Prozesses, oder anders ausgedrückt: Der Prozefs beginnt jetzt mit dem Schritt, mit dem er juristisch beginnen muß und allein beginnen kann, mit der Citation des Verginius; das Verfahren wird bis dahin sistiert. Damit ist also alles aufgegeben, was sich zur Motivierung der Katastrophe aus Verginius' Abwesenheit ergab.

In Kapitel II wurde der Nachweis versucht, daß alles, was in unseren Berichten mit Verginius' Abwesenheit zusammenhängt, der jüngeren Annalistik angehört. In der That wird diese Abwesenheit in der entscheidenden Schlufsscene von keinem einzigen antiken Historiker auch nur als möglich gedacht: diese Schlufsscene war eben fest und alt überliefert, wahrscheinlich die älteste des ganzen Dramas. Für diejenige Überlieferung, welche in Abwesenheit des Vaters bereits juristische Schritte in der Angelegenheit annahm, trat also die unbequeme Notwendigkeit ein, sich dieser Schritte resp. ihrer Folgen mit möglichst guter Manier wieder zu entledigen: man brauchte unter allen Umständen tabula rasa für die Verhandlung in Gegenwart von Verginius. So liefs man also Icilius, von der drohenden Haltung der Regierten unterstützt, leidenschaftlich intervenieren und Appius daraufhin nachgeben. Verständigerweise hätte Icilius oder wer sonst Zurücknahme des Dekrets verlangen und Appius sie gewähren müssen: daß der erstere gegen ein zu erlassendes Dekret protestiert und Appius diesem Protest nachgebend von dem Erlaß des gefürchteten Dekrets Abstand nimmt, ist ein Beweis für die Gedankenlosigkeit der späteren Annalisten, die hier wie stets an dem Versuch scheiterten, ihre Erfindungen mit dem älteren Bestande der Tradition organisch oder wenigstens harmonisch zu verbinden. (Von der homerischen Kritik an hat die Erfahrung gelehrt, wie ein wesentliches Kriterium umfassenderer Interpolationen darin besteht, daß sie, um sich nicht als solche zu verraten, gezwungen sind, sich in sich selbst aufzuheben, d. h. den Fortschritt der Handlung, den sie anfangs darstellen, wieder aufzuheben, weil sonst ein Widerspruch mit dem primären Text entstehen müßte. Sie dürfen die Handlung nicht fördern, sondern müssen dieselbe am Schluss wieder in dem Stadium zurücklassen, an welchem sie sich zu Anfang der Interpolation befunden hat. Sie gehören also in der Sprache der poetischen Technik notwendig zu der Kategorie der retardierenden Momente.

vindicariæ in posterum diem. Auch hier scheint Livius den juristischen Kunstausdruck falsch gebraucht und gemeint zu haben, es solle das Mädchen gegen Bürgschaft bis zum folgenden Tage in der Gewalt der Verwandten belassen werden. So zutreffend bei Dionysius *ἑᾶσαι διεγγύησιν*. Die Verwechslung von Bestellung eines vadimonium und Übernehmen der Vindikation, welche hier Livius begeht, fanden wir oben bei Dionysius: diese Unkenntnis gehörte demnach der gemeinsamen Quelle an.

XXXIII. Ὡς δ' ἀπῆλθεν ἐκ τῆς ἀγορᾶς ἀδμονῶν καὶ μαινόμενος ὑπὸ τοῦ πάθους ἔγνω μηκέτι μεθέσθαι τῆς παρθένου τοῖς συγγενέσιν, ἀλλ' ὅταν ἐπὶ τὴν ἐγγύην προαχθῇ, μετὰ βίας αὐτὴν ἀπάγειν, ἐαυτῷ τε πλείονα γυλακὴν περιστήσας, ὥς μηδὲν ὑπὸ τῶν ὄχλων βιασθεῖν καὶ τὰ πέριξ τοῦ βήματος εἰαίρων τε καὶ πελατῶν ὄχλῳ προκαταλαβῶν. ἵνα δὲ σὺν εὐσχήμονι δίκῃ τοῦτο πράττῃ, προφάσει μὴ παραγεννηθέντος ἐπὶ τὴν ἐγγύην τοῦ πατρὸς ἐπιστολὰς δοῦναι τοῖς πιστοτάτοις ἱππεῦσιν ἔπεμψεν ἐπὶ τὸν χάρακα πρὸς Ἀντώνιον, τὸν ἡγεμόνα τοῦ τάγματος, ἃς οὐκ ἦν Οὐδεργίνιος, ἀξιῶν αὐτὸν κατέχειν τὸν ἄνδρα ἐν ἐπιμελεῖ γυλακῇ, μὴ λάθῃ πνυθόμενος τὰ περὶ τὴν θυγατέρα καὶ διαδράς ἐκ τοῦ χάρακος. ἔφθασαν δ' αὐτὸν οἱ τῇ κόρῃ προσήκοντες, Νομιτωρίου τε υἱὸς καὶ ἀδελφὸς Ἰκίλιον, προαποσταλέντες ὑπὸ τῶν ἄλλων, ἀρχομένης ἔτι τῆς καταστάσεως, νεανίαί λήματος πλήρεις, ἀπὸ θυτῆρος καὶ μετὰ μάλιστα ἐλαθεῖσι τοῖς ἵπποις πρότερον διανύσαντες τὴν ὁδὸν καὶ τῷ Οὐδεργίνῳ τὰ πεπραγμένα διασαφηνίσαντες. ὁ δὲ τὴν μὲν ἀληθῆ πρὸς Ἀντώνιον αἰτίαν ἀποκρυψάμενος ἀναγκαῖον δὲ τινος συγγενοῦς σκηψάμενος πεπύσθαι θάνατον, οὐκ τὴν ἐκκομιδὴν τε καὶ ταφὴν αὐτὸν ἔδει ποιήσασθαι κατὰ τὸν νόμον, ἀγίεται· καὶ περὶ λύχνων ἀφὰς ἡλανε μετὰ τῶν μειρακίων κατ' ἄλλας ὁδοὺς, διωγμὸν ἀπὸ τοῦ στρατοπέδου καὶ ἐκ τῆς πόλεως δεδοικώς, ὕπερ καὶ συνέβη. Ὁ γὰρ Ἀντώνιος τὰς ἐπιστολὰς δεξάμενος περὶ πρώτην μάλιστα γυλακὴν ἴλην ἀπέστειλεν ἱππέων ἐπ' αὐτόν, ἐκ δὲ τῆς πόλεως ἕτεροι πεμφθέντες ἱππεῖς δι' ὅλης νυκτὸς ἐφροῦρον τὴν ἀπὸ στρατοπέδου φέρουσαν ὁδόν.

ὥς δ' ἀπήγγειλεν Ἀππίῳ τις τὸν Οὐδεργίνιον ἐλθόντα παρὰ τὴν ὑπόληψιν ἔξω τῶν φρενῶν γενόμενος παρῇν μετὰ πολλοῦ στίφους ἐπὶ τὸ βῆμα καὶ προάγειν ἐκέλευσε τοὺς τῆς κόρης συγγενεῖς.

προσελθόντων δ' αὐτῶν ὁ μὲν Κλαύδιος τοὺς αὐτοὺς πάλιν διεξιελθὼν λόγους ῥηξίον τὸν Ἀππίον γενέσθαι δικαστὴν τοῦ πράγματος, μηδεμίαν ἀναβολὴν ποιησάμενον, τὸν τε μηνυτὴν παρεῖναι λέγων καὶ τοὺς μάρτυρας καὶ τὴν θεράπειναν αὐτὴν παραδοῦς. ἔφ' οἷς ἅπανι πολλὸς ὁ προσποίητος σχελιασμός ἦν, εἰ μὴ τεύζονται τῶν ἴσων τοῖς ἄλλοις, ὥς πρότερον, ὅτι πελάτης ἦν αὐτοῦ· καὶ παράκλησις, [ἵνα] μὴ τοῖς ἐλεεινότερα λέγουσιν ἀλλὰ τοῖς δικαιότερα ἀξιοῦσι βοηθοῖ.

XXXIV. Ὁ δὲ τῆς κόρης πατὴρ καὶ οἱ λοιποὶ συγγενεῖς ἀπειλογοῦντο περὶ τῆς ὑποβολῆς, πολλὰ καὶ δίκαια καὶ ἀληθῆ λέγοντες, ὥς οὐτ' αἰτίαν οὐδεμίαν εἶχεν ὑποβολῆς εὐλογον ἢ Νομιτωρίου μὲν ἀδελφῇ, Οὐδεργίνου δὲ γυνή, παρθένος γαμηθεῖσα νέῳ ἀνδρὶ καὶ οὐ

μετὰ πολλοὺς τοῦ γάμου τεκοῦσα χρόνους· οὐτ' εἰ τὰ μάλιστα ἐβούλετο γένος ἀλλότριον εἰς τὸν ἴδιον οἶκον εἰσαγαγεῖν δούλης ἀλλοτριᾶς ἢ ἐλάμβανε παιδίον μᾶλλον, ἢ οὐ γυναικὸς ἐλευθέρας κατὰ γένος ἢ φιλίαν, αὐτῇ προσηκούσης παρ' ἧς πιστῶς τε ἅμα καὶ βεβαίως ἔξει τὸ ληφθέν· ἐξουσίαν τε ἔχουσαν ὅποσον ἐβούλετο λαβεῖν, ἄρδεν ἐλῆσθαι παιδίον μᾶλλον ἢ θῆλυ. τεκοῦσαν μὲν γὰρ ἀνάγκη τῶν τέκνων δεομένην, στέργειν καὶ τρέφειν, ὅτι ἂν ἡ φρίσης ἐξένεγκη· ὑποβαλλομένην δὲ τὸ κρεῖττον ἀντὶ τοῦ χείρονος εἰκὸς εἶναι λαβεῖν. πρὸς τε τὸν μηνυτὴν καὶ τοὺς μάρτυρας, οὓς ὁ Κλαύδιος ἔφη πολλοὺς καὶ ἀξιοχρεῶς παρῆξασθαι, τὸν ἐκ τῶν εἰκότων παρείχοντο λόγον ὥς οὐκ ἂν ποτε ἡ Νομιτωρία πράγμα σιγῆς δεόμενον καὶ δι' ἐνὸς ὑπηρετηθῆναι προσώπου δυνάμενον, φανερώς ἔπραττε καὶ μετὰ μαρτύρων ἐλευθέρων, ἵν' ἐκτραφεῖσαν τὴν κόρην ὑπὸ τῶν κυρίων τῆς μητρὸς ἀφαιρεθείη. τὸν τε χρόνον οὐ μικρὸν ἔλεγον εἶναι τεκμήριον τοῦ μηδὲν ὑγιὲς λέγειν τὸν κατήγορον· οὔτε γὰρ ἂν τὸν μηνυτὴν οὔτε τοὺς μάρτυρας κατασχεῖν ἐν πεντεκαίδεκα ἔτεσιν ἀπόρρητον τὴν ὑποβολήν, ἀλλ' εἴ τι πρότερον εἰπέιν. διαβάλλοντες δὲ τὰς τῶν κατηγόρων πίστεις, ὥς οὐτ' ἀληθεῖς οὔτε πιθανάς, ἀντιπαρ- ἐξετάζειν ταύταις ἡξίουν τὰς ἑαυτῶν, πολλὰς καὶ οὐκ ἀσήμους γυναικάς ὀνομάζοντες, ἃς ἔφασαν εἶδέναι Νομιτωρίαν ἐγκύμονα γενομένην ἐκ τοῦ περὶ τὴν γαστέρα ὄγκου. χωρὶς δὲ τούτων, τὰς ἐπὶ τοῦ τόκου καὶ τῆς λοχείας παραγενομένας διὰ τὸ συγγενὲς καὶ τικτόμενον τὸ παιδίον ἰδούσας ἐπεδείκνυντο καὶ ἀνακρίνειν ἡξίουν. ὃ δὲ πάντων τεκμήριον ἦν περιφανέστατον, ἐκ τε τῶν ἀνδρῶν πολλοῖς καὶ γυναικῶν μαρτυρούμενον, οὐ μόνον ἐλευθέρων, ἀλλὰ καὶ δούλων, τοῦτ' ἔλεγον τελευτῶντες, ὅτι τῷ γάλακτι τῆς μητρὸς ἐιράφη τὸ παιδίον· ἀμήχανον δ' εἶναι, γάλακτος πληρωθῆναι μαστοὺς γυναικὶ μὴ τεκούσῃ.

XXXV. Ταῦτά τε καὶ πολλὰ τούτοις ὅμοια παρεχομένων ἀν- τῶν ἰσχυρὰ καὶ οὐδένα λόγον ἐναντίον δέξασθαι δυνάμενα, καὶ πολλὴν ἐν ταῖς συμφοραῖς τῆς κόρης ἔλεον καταχεομένων, οἱ μὲν ἄλλοι πάντες, ὅσοι συνήκονον τῶν λόγων, τῆς τε μορφῆς οἶκτον ἐλάμβανον, ὁπότ' εἰς τὴν παρθένον ἴδοιεν· καὶ γὰρ ἐν ἐσθῇτι οὔσα πιναρᾷ καὶ κατηγρὲς ὀρώσα, καὶ τὸ καλὸν τῶν ὀμμάτων ἐκτίχουσα, τὰς ἀπάντων ἠρπάζεν ὄψεις· οὕτως ὑπεράνθρωπός τις ὥρα περὶ αὐτὴν καὶ χάρις ἦν· καὶ τὸ τῆς τύχης ἀνεκλαίοντο παράλογον, εἰς οἷας ὕβρεις καὶ προπηλακισμοὺς ἐλεύσοιτο ἐξ οἶων ἀγαθῶν. εἰσῆκει τ' αὐτοὺς λογισμός, ὅτι τοῦ περὶ τῆς ἐλευθερίας νόμον καταλυνθέντος, οὐδὲν ἔσται τὸ κωλύον καὶ τὰς αὐτῶν γυναῖκας καὶ θυγατέρας τὰ αὐτὰ ἐκείνῃ παθεῖν. ταῦτά τε ὅη καὶ πολλὰ τούτοις ὅμοια ἐπι-

λογιζόμενοι, καὶ πρὸς ἀλλήλους διαλαλοῦντες, ἔκλαιον. ὁ δ' Ἀππίος, οἷα δὴ γρίσιν τ' οὐ φρενέρης ἀνὴρ καὶ ὑπὸ μεγέθους ἑξουσίας διεφθαρμένος, οἰδῶν τε τὴν ψυχὴν καὶ ζέων τὰ σπλάγχνα διὰ τὸν ἔρωτα τῆς παιδός, οὔτε τοῖς λόγοις τῶν ἀπολογουμένων προσεῖχεν, οὔτε τοῖς δάκρυσιν αὐτῆς ἐπεκλάτο τῆς κόρης, τὴν τε συμπάθειαν τῶν παρόντων δι' ὀργῆς ἐλάμβανεν, ὡς αὐτὸς δὴ πλείονος ἄξιός ὦν ἔλεον, καὶ δεινότερα ὑπὸ τῆς δεδουλωμένης αὐτὸν εὐμορφίας πεπονθώς. διὰ δὴ ταῦτα πάντα οἰστρῶν, λόγον τε ὑπέμεινεν εἰπεῖν ἀναίσχυντον, ἔξ οὗ καταφανῆς ἐγένετο τοῖς ἵππονοοῦσιν, ὅτι το σκολογάνημα κατὰ τῆς κόρης αὐτὸς ἐπλασε, τὸ ἔργον ἐτόλμησε τυραννικὸν πράττειν καὶ ὤμον.

XXXVI. Ἐν γὰρ αὐτῶν λεγόντων, ἡσυχίαν γενέσθαι κελεύσας, ἐπειδὴ σιωπὴ τ' ἐγένετο καὶ πᾶς ὁ κατὰ τὴν ἀγορὰν ὄχλος τὴν ὁρμὴν ἐλάμβανεν ἐπιθυμία γνώσεως τῶν ὑπ' αὐτοῦ λεγυσομένων προαχθεῖς, πολλάκις ἐπιστρέψας τὸ πρόσωπον τῇδε καὶ τῇδε καὶ τὰ στίφη τῶν ἐταίρων οἷς διειλήφει τὴν ἀγορὰν τοῖς ὁμασι διαριθμησάμενος, τοιάδ' εἶπεν. Ἐγὼ δὲ περὶ τοῦδε τοῦ πράγματος, ὦ Οὔεργίνιε καὶ ὑμεῖς οἱ σὺν τούτῳ παρόντες, οὐ νῦν πρῶτον ἀκήκοα, ἀλλὰ παλαιότερον ἔτι, πρὶν ἢ τήνδε τὴν ἀρχὴν παραλαβεῖν. ὃν τρόπον δ' ἔργων, ἀκούσατε. ὁ πατήρ ὁ Μάρκου Κλανδίου τονδὶ τελευτῶν τὸν βίον ἡξιώσε με τὸν νῖον αὐτοῦ, νήπιον καταλειπόμενον ἐπιτροπεῦσαι. πελάται δ' εἰσὶ τῆς οἰκίας ἡμῶν ἐκ προγόνων. ἐν δὲ τῷ χρόνῳ τῆς ἐπιτροπείας μήνυσις ἐγένετό μοι περὶ τῆς παιδός ὡς ὑποβάλοιτο αὐτὴν Νομιτωρία λαβοῦσα παρὰ τῆς Κλανδίου δούλης, καὶ τὸ πρᾶγμα ἐξετάσας ἔμαθον οὕτως ἔχον. ἐφάπτεσθαι μὲν οὖν ἔμαντὸν οὐ προσήκε μοι· βέλτιον δὲ ἡγησάμην τούτῳ τὴν ἑξουσίαν καταλιπεῖν, ὅποτε γένοιτο ἀνὴρ, εἴτε βουληθείη τὴν παιδίσκην ἀπάγειν, εἴτε διαλύσασθαι πρὸς τοὺς τρέφοντας αὐτὴν χρήμασι πεισθεῖς ἢ χαρισάμενος. ἐν δὲ τοῖς μεταξὺ χρόνοις ἐγὼ μὲν εἰς τὰς πολιτικὰς πράξεις ἐγκυλισθεῖς οὐδὲν ἔτι τῶν Κλανδίου πραγμάτων εἶχον ἐν φροντίδι. τούτῳ δ', ὡς εἴοικε, τὸν ἴδιον ἐξετάζοντι βίον καὶ περὶ τῆς παιδίσκης ἢ μήνυσις ἀπεδόθη, καθάπερ ἐμοὶ πρότερον· καὶ οὐδὲν ἄδικον ἄξιόν, τὴν ἐκ τῆς ἐναντοῦ Θεραπείνης γεγωνῆσαν ἀπάγειν βουλόμενος. εἰ μὲν οὖν ἀλλήλους ἐπεισαν αὐτοί, καλῶς ἂν εἶχεν. ἐπεὶ δ' εἰς ἀμφισβήτησιν ἦλθε τὸ πρᾶγμα, μαριτρῶ τ' αὐτῷ ταῦτα, καὶ κρίνω εἶναι τοῦτον τῆς παιδίσκης κύριον.

Cum dilatum tempus iniuriae esset secessissentque advocati puellae, placuit omnium primum fratrem Icili filiumque Numitorii, inpigros iuvenes, pergere inde recta ad portam, et quantum accelerari posset Verginium acciri e castris: in eo verti puellae sa-

lutem, si postero die vindex iniuriae ad tempus praesto esset. iussi pergunt, citatisque equis nuntium ad patrem perferunt. cum instaret adsertor puellae, ut vindicaret sponsoresque daret, atque id ipsum agi diceret Icilius, sedulo tempus terens, dum praeciperent iter nuntii missi in castra, manus tollere undique multitudo, et se quisque paratum ad spondendum Icilio ostendere. atque ille lacrimabundus „gratum est“ inquit; „crastina die vestra opera utar, sponserum nunc satis est.“ ita vindicatur Verginia spondentibus propinquis. Appius paulisper moratus, ne eius rei causa sedisse videretur, postquam omissis rebus aliis prae cura unius adibat, domum se recepit collegisque in castra scribit, ne Verginio commeatum dent atque etiam in custodia habeant. inprobum consilium serum, ut debuit, fuit, et iam commeatu sumpto profectus Virginius prima vigilia erat, cum postero die mane de retinendo eo nequiquam litterae redduntur.

XLVII. At in urbe prima luce cum civitas in foro expectatione erecta staret, Verginius sordidatus filiam secum obsoleta veste, comitantibus aliquot matronis, cum ingenti advocacy in forum deducit. circumire ibi et prensare homines coepit et non orare solum precariam opem, sed pro debita petere: se pro liberis eorum ac coniugibus cotidie in acie stare, nec alium virum esse, cuius strenue ac ferociter facta in bello plura memorari possent: quid prodesse, si incolumi urbe, quae capta ultima timeantur, liberis suis sint patienda? haec prope contionabundus circumibat homines. similia his ab Icilio iactabantur. comitatus muliebris plus tacito fletu quam ulla vox movebat. adversus quae omnia obstinato animo Appius — tanta vis amentiae verius quam amoris mentem turbaverat — in tribunal escendit, et ultro querente paucapetitore, ius sibi pridie per ambitionem dictum non esset, priusquam aut ille postulatam perageret, aut Verginio respondendi daretur locus, Appius interfatur. quem decreto sermonem praetenderit, forsitan aliquem verum auctores antiqui tradiderint: quia nusquam ullum in tanta foeditate decreti veri similem invenio, id quod constat nudum videtur proponendum, decresse vindicias secundum servitum.

ut vindicaret — *vindicatur Verg.* An beiden Stellen ist vindicare wie auch im Vorhergehenden (in posterum diem v.) in einer Bedeutung gebraucht, die dem Wort juristisch nicht zukommt.

instaret adsertor — *sponsores daret.* Der Verfasser scheint dem adsertor (Claudius) den Gedanken beizulegen, daß Icilius nicht in der Lage sein werde, Bürgen zu finden, Icilius nach derselben Quelle ihn eine Weile darin zu

An den einzelnen Phasen der Darstellung ist auf das Quellenverhältnis zwischen Livius und Dionysius Rücksicht genommen worden. Es hat sich herausgestellt, daß bei dem letztern eine größere Hervorhebung der bei der Entscheidung in Betracht kommenden sachlichen Momente zu bemerken ist, und es konnte die Möglichkeit nicht von vornherein abgelehnt werden, in einzelnen dieser Ausführungen wie auch immer entstellte Reste einer älteren Tradition zu erkennen, welche auf ähnliche Gründe Appian's Entscheidung der Präjudicialfrage und davon abhängende Vindizienregulierung basierte. Allein daß diese ältere Tradition von Dionysius aus erster oder auch nur zweiter Hand benutzt wurde, ist völlig ausgeschlossen. Auch fehlen anderseits diese sachlichen Momente auch bei Livius nicht ganz: ihr Hervortreten bei Dionysius und besonders die Art desselben erklärt sich aus dem Wesen des griechischen Schriftstellers, und es liegt somit nach dem augenblicklichen Stande unserer Wissenschaft keine Veranlassung vor, die aus zahlreichen Übereinstimmungen sich ergebende wesentliche Gleichheit der Livianischen und der Dionysischen Quelle zu bezweifeln. Diese Übereinstimmungen sind im einzelnen angeführt worden. Als wesentlicher Faktor tritt zu ihnen das gleiche allgemeine Gepräge, welches der Livianisch-Dionysischen Tradition einen einheitlichen Stempel aufdrückt und sie als solche von der älteren und besseren Überlieferung scheidet.

Schlussbemerkung. Die Umwandlung der eventuellen in die absolute Freilassung des Litigans durante lite ist oben in die Zeit der mittleren oder späteren Republik gesetzt worden. Sie muß in der definitiven Fixirung des Edictum perpetuum bereits enthalten gewesen sein, da Gaius in seinem Ediktskommentar sie voraussetzt. Daß jenes Prinzip aber zu Anfang der Kaiserzeit erst geschaffen wurde, halte ich wenigstens für durchaus unwahrscheinlich. An sich wäre eine solche Annahme nicht unmöglich, denn der Livianische wie der Dionysische Bericht enthalten, wie man sieht, nichts was zu der Annahme absolut zwingt, ihre Verfasser hätten das spätere Rechtsprinzip gekannt. Trotzdem halte ich sowohl aus dem Colorit dieser Berichte, wie aus den oben angedeuteten Gründen, die bisher vertretene Auffassung für wahrscheinlicher, habe aber die zweite erwähnen wollen, um die Fehlergrenze anzudeuten, innerhalb deren sich die Untersuchung bewegt. Man erkennt leicht, daß weder der gesamte Inhalt noch selbst die Details der Darstellung von dieser Differenz berührt werden, die vielmehr rein rechtsgeschichtlich ist: nur das aus meiner Annahme entlehnte Motiv für die Umverständlichkeit der älteren Überlieferung hätte fortzufallen.

Nachträge und Berichtigungen.

Zu S. 8 Zeile 13 ist generische Differenz zu lesen.

- - 12 a. E. Die lex XII tab. (I, 4) ist zu lesen: proletario cui qui volet. Mommsen bei Bruns c. p. 17.
- - 15 — 8 ist (4) zu lesen.
- - 20 Lex XII tab. III, 3. ist in iure als Glossem nach Mommsen bei Bruns c. p. 19 zu streichen.
- - 21 a. A. Es kam hier natürlich nur auf die Sache d. h. die Publikation der formulae an. In der an die vermeintliche Publizierung durch Flavius sich knüpfenden Kontroverse, die zuletzt umfassend von Seeck behandelt wurde, soll hier weiter nicht präjudiziert werden. Ich bitte daher die Worte „durch — Appian“ zu streichen.
- - 33 Anm. 1. Nach Vollendung des Drucks ersehe ich aus Dirksen¹⁾, dafs die Rekonstruktion des Gesetzes bei Contius²⁾ folgendermaßen lautet: Si in servitute petetur, tum praetor vindicias secundum libertatem dato (sponsoribus acceptis) und bei Hotomann³⁾: ut si quis e libertate in servitute assereretur, Praetor vindicias secundum libertatem decerneret. Beide Autoren haben weder die Tragweite ihrer Konstruktion erkannt, noch dieselbe zu beweisen oder gar die notwendigen Konsequenzen aus ihr zu ziehen versucht. Dies zeigt auch der Umstand, dafs jene Aufstellungen völlig vergessen sind und weder auf die römische Rechtsgeschichte noch auf die Geschichte der Decemviralepoche irgend welchen Einfluß geübt haben. In der That war vor der Auffindung von Gaius' viertem Buch eine wissenschaftliche Untersuchung von Fragen, die mit dem älteren römischen Civilprozeßrecht zusammenhängen, unmöglich. Somit glaube ich den oben⁴⁾ ausgesprochenen Satz, dafs der Vindizienparagraph der XII Tafeln in seiner heutigen Auffassung bisher nie wissenschaftlich angegriffen ist, auch nach dieser Entdeckung aufrecht erhalten zu dürfen.
- - 44. Auch Cicero in de re p. l. c. nennt den Decemvirat als eine rein patrizische Behörde, vielleicht aus bloßer Nachlässigkeit: es kam ihm an dieser Stelle auf die Details nicht an.

¹⁾ Dirksen, Übersicht der bisherigen Versuche etc. p. 432.

²⁾ Contius Brevis collectio veterum Legis XII Tabularum fragmentorum in Opera Contii Paris. 1616. Neap. 1725 cap. 32.

³⁾ Hotomanns, Tripartita commentatio de legibus XII Tabularum Lugd. 1564 cap. 94.

⁴⁾ p. 60.

Zu S. 65 Zeile 9. Nach einer besseren Quelle zu schreiben, cf. Excurs. II bes. p. 186.

- - 74 f. Auch Sittl nimmt in dem Lysias betreffenden Abschnitt seiner griechischen Litteraturgeschichte, wie ich nachträglich ersehe, die Un-echtheit der 23. Rede, aber aus formalen Gründen an.
- - 85 a. E. ist *δικῶν λήξεις* zu lesen.
- - 118 und 123. Es konnte in diesem Zusammenhange nicht gut aus-geführt und soll daher hier erwähnt werden, wie gerade der Um-stand, dafs die Interdiktenklage technisch und formal eine Verdoppe-lung der Sakramentalklage bildet, für die Einseitigkeit der letzteren spricht. Denn die Duplizität der Interdiktenklage deckt sich mit eben dieser Struktur und findet in ihr ihren adäquaten Ausdruck.
- - 129. Die Bedeutung, welche grade die Gestaltung des Freiheitspro-zesses für die Entscheidung des ganzen Problems beanspruchen darf, wird heute allgemein übergangen. Dafs wir in der Libertätsklage eine Differenzierung der Parteirollen anzunehmen haben, dürfte aus der Existenz des bekannten *praeiudicium utrum in libertatem an in servi-tutem petatur* mit Notwendigkeit zu folgern sein, nicht weniger sicher ist die Thatsache, dafs noch lange nach der bezeugten Existenz dieses Präjudizium gerade der Libertätsprozefs sich in der Form der *Legis actio sacramento* vollzog. Dafs aber trotz dieser Vorentschei-dung die eben erst richterlich festgesetzte Anordnung der Partei-rollen im Hauptverfahren sollte ignoriert worden sein, wird man nicht annehmen wollen. Sind wir so zur Konstatierung der Thatsache ge-nötigt, dafs Gleichheit der Parteirollen kein der Sakramentalklage immanentes Prinzip ist, da es sonst nicht hätte durchbrochen werden können, so liegt, so weit ich sehen kann, kein Grund vor, für die Vindikation von Mobilien resp. Immobilien zu läugnen, was wir für die Vindikation von Gewaltrechten zuzugeben uns genötigt sehen. Im Gegenteil scheint mir die notwendige organische Einheit iuristischer und gerade römisch-rechtlicher Gebilde hier die volle Gleichheit der theoretischen Konstruktion zu verlangen.
Ich bemerke bei dieser Gelegenheit, dafs die *Deductio* und ihr Analogon in den griechischen Rechten hier absichtlich übergangen wurde.
- - 148 Zeile 7. ist *altrömischen* zu lesen.

Bibliographie.

(Verzeichnis der abgekürzt citierten Werke.)

- Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts I. II. Berlin 1871. 1873.
— Recht des Besitzes. Leipzig 1880.
— Zu den Lehren von L. A. sacramento, dem Uti possidetis und der Possessio, Zeitschrift der Savignystiftung. Romanistische Abteilung. 1884. V. p. 136—165.
- Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozeß. I—III. Bonn 1864—1866.
- Blackstone, Commentaries on the laws of England. I—IV. London 1854²³.
- Brinz, Zur Kontravindikation in Festgaben für L. Spengel. München 1877.
— Gutachten für die königliche Akademie in München in Zeitschrift der Savignystiftung für R. Romanistische Abteilung. 1883. IV. p. 164 176.
- Bruns, Die Besitzklagen. Weimar 1874.
— fontes iuri civilis ed. Mommsen. Freiburg und Tübingen 1887⁵.
- Buecheler und Zitelmann, Die Inschrift von Gortyn. Bonn 1884.
- Contius, Brevis collectio veterum Legis XII Tabularum fragmentorum in Opera Contii Neap. 1725.
- Danz, Das Sacramentum und die lex Papiria in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte. 1867. VI. p. 339—392.
- Dareste, La loi de Gortyne in: Bulletin de correspondance hellénique 1885. IX. p. 301—317.
- Demelius, Die Exhibitionspflicht. Gratz 1872.
— Der vindex bei in ius vocatio in: Zeitschrift der Savignystiftung. Rom. Abteilung. 1881. II. p. 3—13.
- Dernburg, Der römische Civilprozeß von Keller (Recension) in: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. 1852. I. p. 457—478.
— Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca von Theodor Mommsen (Recension) in: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. 1855. III. p. 74—93.
— Über das Verhältnis der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis von Stintzing (Recension) in: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. 1853. I. p. 541—544.
— Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. Halle 1883.
- Dittenberger, Sylloge inscriptionum Graecarum I. II. Leipzig 1883.
- Dirksen, Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafel-Fragmente. Leipzig 1824.

- Eck, Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts. Berlin 1870.
- Eisele, Zur legis actio sacramento in rem. Habilitationsschrift von Philipp Lotmar (Recension) in: Kritische Vierteljahrsschrift. 1877. XIX. p. 512—518.
- Exner, Zur Stelle über die Manus Iniectio in der Lex Coloriae Iuliae Genetivae. 1878. XIII. p. 392—398.
- Feldkirch, Programm der Jesuitenschule von Feldkirch 1861—62: Der Prozeß um Verginia.
- Foucart, Mémoire Paris. 1866.
- Goeppert, E. Eck, Die sogenannten doppelseitigen Klagen (Recension) in: Kritische Vierteljahrsschrift. 1872. XIV. p. 532—561.
- Hartmann, Über das römische Kontumazialverfahren. Göttingen 1851.
- Hildesheimer, de libro, qui inscribitur de viris illustribus. Berlin 1880.
- Hotomannus, Tripartita commentatio de legibus XII tabularum Lugd. 1564.
- Huschke, Gaius. Leipzig 1855.
- Jurisprudentia anteiustiniana ed. Huschke. Leipzig 1879⁴.
- Ihering, Über den Grund des Besitzschutzes. Jena 1869².
- Der Geist des römischen Rechts I—III. Leipzig 1877—1880.
- Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses. Bonn 1865.
- Der römische Civilprozeß. Berlin 1872.
- Keller, Der römische Civilprozeß ed. Wach. Leipzig 1883⁷.
- Klimke, Diodorus Siculus und die römische Annalistik. Königshütte 1882.
- Krüger, Kritische Versuche. Berlin 1870.
- Leist, B. W., Der römische Erbschaftsbesitz. Erlangen 1870.
- , Gräcoitalische Rechtsgeschichte. Jena 1884.
- G. A., Der attische Eigentumsstreit. Jena 1886.
- Lenel, Beiträge zur Kunde des Edikts und der Ediktskommentare in: Zeitschrift d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte. 1881. II. p. 14—83.
- Das Edictum perpetuum. Leipzig 1883.
- Meier-Schömann, Der attische Prozeß, herausgegeben v. Lipsius. Berlin I. II. 1883—1887.
- Lotmar, Zur legis actio sacramento in rem. München 1876.
- Kritische Studien in Sachen der Kontravindikation. München 1877.
- Livius, Buch III, herausgegeben von Luterbacher. Leipzig 1885.
- — von Weissenborn. Berlin 1881.
- Mommsen, Römische Chronologie. Berlin 1853².
- Die Stadtrechte der lat. Gemeinden Salpensa und Malaga. Leipzig 1855.
- Römische Forschungen. I. Berlin 1864². II. Berlin 1879.
- Römisches Staatsrecht. I. II. 1. 2. Berlin 1876. 1877.
- Legis coloniae Iuliae fragmenta nova in: Ephemeris epigraphica. 1877. III. p. 87—112.
- Münderloh, Über Schein und Wirklichkeit an der legis actio sacramenti in rem, in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte. 1878. XIII. p. 445—487.
- Niebuhr, Römische Geschichte. I—III, ed. Isler. Berlin.
- Niese, de annalibus Romanis observationes. Marburg 1886 (während des Drucks benutzt).

- Nitzsch, Die römische Annalistik. Berlin 1873.
- Platner, Prozeß und Klagen bei den Attikern. I. II. Darmstadt 1824.
- Puchta, Kursus der Institutionen. I. II. Berlin 1881⁹.
- Puntschart, Der Prozeß um Verginia. Wien 1860.
- Roth, Beitrag zur Lehre von der legis actio sacramento in rem in: Zeitschrift der Savignystiftung. Rom. Abt. 1882. III. p. 121—140.
- Rudorff, Bemerkungen über das Interdict uti possidetis in: Zeitschrift für gesch. R. 1842. XI. p. 333—361.
- Über die Litisrescenz ib. 1848. XIV. p. 287—478.
- Römische Rechtsgeschichte. I. II. Berlin 1859.
- Sanio, Varroniana in den Schriften römischer Juristen. Leipzig 1867.
- Savigny, Über die lis vindictiarum in: Vermischte Schriften. I. Berlin 1850.
- Das Recht des Besitzes. Wien 1865⁷.
- Schmidt, Der Prozeß um die Freiheit der Verginia in: Zeitschrift für gesch. R. 1848. XIV. p. 71—94.
- Schöll, Legis XII tabularum reliquiae. Leipzig 1866.
- Schwegler, Römische Geschichte. I—III. Tübingen 1867—1872.
- Simon, Zur Inschrift von Gortyn. Wien 1886.
- Sittl, Griechische Literaturgeschichte. I—III. München (nach Vollendung des Drucks benutzt).
- Soltau, Die ursprüngliche Bedeutung und Kompetenz der pl. Aedilen. Bonn 1882.
- Stintzing, Über das Verhältnis der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis. Heidelberg 1853.
- Huschke, Gaius (Recension) in: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. 1855. III. p. 328—360.
- Thalheim, Griechische Rechtsaltertümer. Tübingen und Freiburg 1884.
- Ubbelohde, Der Prozeß der Verginia von Puntschart (Recension) in: Göttinger gelehrte Anzeigen. 1863. p. 1481—1500.
- Unger, Der Prozeß mit dem Vindex bei der Manus Iniectio in: Zeitschrift f. Rechtsgeschichte. VII. p. 192—208.
- Vaniček, Griechisch-lateinisches Etymologisches Wörterbuch. I. II. Leipzig 1877.
- Voigt, Über die conditiones ob causam. Leipzig 1862.
- Das Recht der XII Tafeln. I. II. Leipzig 1883.
- Wescher et Foucart, Inscriptions de Delphes. Paris 1863.
- Wetzell, Der römische Vindikationsprozeß. Leipzig 1845.
- Zimmern, Der römische Civilprozeß. Heidelberg 1829.

Druck von Leonhard Simon, Berlin SW.



THE BORROWER WILL BE CHARGED
THE COST OF OVERDUE NOTIFICATION
IF THIS BOOK IS NOT RETURNED TO
THE LIBRARY ON OR BEFORE THE LAST
DATE STAMPED BELOW.

BOOK DUE - AD

6550

JUN 27 1980

BOOK DUE - WID

941

JUL 5 1980

JUL 1

